Der

Civilprozeß des gemeinen Rechts

in geschichtlicher Entwicklung.

Von

M. A. von Bethmann-Hollweg,

Doctor beider Rechte und der Theologie, weiland ordentlichem Professor des Civilrechts und Civilprozesses an den Hochschulen zu Berlin und Bonn, K. Preuß. Staatsminister a. D., Ehrenmitglied der K. Akademie der Wissenschaften zu Berlin.

Zweiter Band.

Der römische Civilprozeß.

2. Formulae.

Bonn,

bei Adolph Marcus.

1865.

Der

römische Civilprozeß

von

M. A. von Bethmann-Hollweg.

Zweiter Band.

Formulae.

Bonn,
bei Adolph Marcus.
1865.

Vorwort.

Daß dieser zweite Band viermal so stark geworden als der erste, hat seinen Grund nicht bloß in dem größeren Reichthum der Quellen, aus welchen hier zu schöpfen war, sondern auch in der Sache selbst. Denn während in jener frühesten Periode die Auffassung der Römer von dem Rechtsstreit nur in wenigen charakteristischen Formen erscheint, so ist sie in der zweiten, in der Zeit der classischen Jurisprudenz, zu einem ganzen System des Prozeßrechts entwickelt, das mit dem System des Civilrechts im nächsten Zusammenhange steht. Auch fand sich in vielen Lehren, die ich durch frühere Arbeiten, fremde und eigene, für erschöpft hielt, mehr Anlaß zu neuer Forschung, als ich erwartet hatte; in keiner habe ich mir an den vorliegenden Resultaten genügen lassen*). Dieß ist ja die Natur ächter Geisteserzeugnisse, daß sie dem Forscher stets neue Blicke in den Geist ihrer Urheber und die sie umgebende Welt thun lassen. In diesem Sinn und um dem Leser die Prüfung der vorgetragenen Ansichten zu erleichtern, sind die Quellen in den Noten so häufig angeführt, auch um die Sache selbst zu veranschaulichen, kurze Auszüge aus denselben gegeben worden.

Ob ich aber die Aufmerksamkeit des Lesers in solchem Umfang für einen Stoff in Anspruch nehme, der

*) Auch meine ersten Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Berlin 1827 war ich veranlaßt mehrfach zu berichtigen.

sie nicht verdient, und ob eine mehr als jährige, angestrengte Arbeit daran verschwendet worden, wird ein dieser Dinge Kundiger nicht fragen. Muß doch Jeder, der sich mit dem heutigen Civilrecht oder Civilprozeß beschäftigt, auf diesen Theil der classischen Jurisprudenz zurückgehn. Und selbst die neueste in unsrem Vaterlande, leider in getrennten Lagern, unternommene Prozeßgesetzgebung, deren Erfolg das juristische Publikum mit gerechter Spannung entgegensieht, wird, welche Richtung sie auch nehmen mag, die Rechtsbegriffe, welche die Römer entdeckt und die dem französischen, wie dem preußischen und gemeinen deutschen Civilprozeß zum Grunde liegen, nicht umstürzen. Das Verständniß dieser Rechtsbegriffe aber und ihres Zusammenhanges zu fördern, habe ich mich bemüht.

Auch hat es mir dabei an Ermunterung und Hülfe nicht gefehlt. Böcking's warme Theilnahme bei dem Erscheinen des ersten Bandes hat mir Muth gemacht, das nach so langer Unterbrechung und in vorgerücktem Alter unternommene Wagniß durchzuführen; und eine von ihm freundlichst übernommene Revision des Drucks hat nicht den Setzer allein vor manchem kleinen Verstoß bewahrt. Rudorff's freundschaftlichem Umgang aber während meines Winteraufenthaltes in Berlin verdankte ich stets neue Anregung und manche Belehrung. So hat sich mir auch in dieser Hinsicht eine gute alte Zeit erneuert, wo Savigny's Rath meinen Studien diese Richtung gab, Niebuhr's großes Beispiel mich für historische Forschung begeisterte, und Göschen's bewährte Freundschaft mich bei der Herausgabe meiner Arbeit unterstützte.

Rheineck, im Oktober 1865.

Inhalt des zweiten Bandes.

Zweiter Abschnitt.

Formulae.

Zusätze und Berichtigungen.

S. 2 zu 1. Monumentum Ancyranum u. s. w.: Res gestae Divi Augusti. Ex monumentis Ancyrano et Apolloniensi edidit Th. Mommsen. Berol. 1865. 8.

„ 2 zu 11. Edictum perpetuum u. s. w. S. nun den Anfang dieser Restitution des Edicts unter dem Titel: Die Prozeßeröffnung nach dem Edict, in Rudorff's Zeitschr. für Rechtsg. IV. S. 1—122. Ein zweiter Abschnitt wird in nächster Zeit erscheinen.

„ 2 zu 12. Vgl. nun zur Kritik und Auslegung dieser Inschrift Bremer, der Prozeß der Fullonen, in Museum für Philologie. N. F. XXI. S. 1—49.

„ 3 zu A. 1. Gaii institutiones u. s. w. Was von Anfang an gewünscht wurde, aber unmöglich schien, einen genauen Abdruck der Veroneser Handschrift in ihren Uncialen, nach Göschen's und Bluhme's Scheden, werden wir nächstens, im fünfzigsten Jahr nach Niebuhr's Entdeckung, Böcking unter dem Titel: Gai Institutiones. Apographum Codicis Veronensis — scripsit lapidibusque exceptam scripturam publicavit Ed. Böcking. 1866. 8. zu verdanken haben, dessen gleichzeitig zu erwartende fünfte Ausgabe des Gaius die erste Frucht dieser mühsamen und für die Kritik des Textes unschätzbaren Arbeit bringt.

„ 27 Note 5 Z. 11 st. *Cato* l. Cato.

„ 32 Z. 10 st. den Grund l. dem Grunde.

„ 36 Note 20 l. unten § 75 Note 2. 8. 19—23.

„ 45 Z. 3 l. seiner höchsten geistlichen.

„ 47 Note 28 hinter vice sacra *Orelli* 3042. Praef. urbi electus ad cognoscendas vice Caesaris cognitiones. *Momm-*

sen, *de C. Caelii Saturnini titulo ad Ed. Gerhardum epistula* (*Mem. dell' inst. archeol.* II.) *p.* 34.

S. 62 Note 26 l. *Gell.* XIV. 1, 2.

„ 65 zu Note 6. Die Criminalgerichtbarkeit übte nach *Sueton. de clar. rhet.* 6. unter August in Mailand C. Albutius Silus als Proconsul (! ?).

„ 69 zu Note 29. und personae viles. *L. 12. D. de decurion* (50, 2).

„ 70 Note 33. Eine neue Auslegung dieser Worte: iudicia plebis decurionibus coniunxit, wonach sie sich auf die Wahl der Magistrate beziehen sollen, s. bei Herzog, Galliae Narbonensis provinciae Romanae historia Lips. 1864. p. 206. sqq.

„ 80 zu Note 8. *Orelli* 3119. sententiam vel constitutionem.

„ 104 Z. 13 l. einen Municipalmagistrat.

„ 105 zu Note 48 hinter stricti iuris Klage *L. 33. D. de fideiuss.* (46, 1).

„ 107 in Note 65 l. *Quintil.* IV. 1, 11. V. 2.

„ 109 Z. 4 hinter Rechtsstreits l. 81a).

„ „ hinter Note 81 setze 81a) Z. B. *L. 19. D. sol. matr.* (24, 3). *L. 30. D. rer. am.* (25, 2).

„ 118 zu Note 25. Vgl. *L. 5. § 12. D. de reb. eor.* (27, 9).

„ 137 zu Note 7. Der Consul *L. 29. pr. D. de leg.* 2. (31).

„ 142 Note 9 Z. 3 v. u. l. cibaria.

„ 144 Note 24 Z. 2 l. abdicare.

„ 148 Note 51 st. viatores l. pistores.

„ 150 zu Note 64 *L. 5. § 13. D. de reb. eor.* (27, 9).

„ 160 Note 28 l. iure suae potestatis.

„ „ Z. 2 erkauft werden muß 21a).

„ „ hinter Note 21. 21a) Die quadragesima litium des Caligula, eine auf die Prozesse gelegte Steuer, hatte nicht lange bestanden. *Sueton. Calig.* 40. *Tac. Ann.* XIII. 51. *cf. Cuiac. Obss.* VI. 28. *Burmanni vectig. populi Rom. c.* 5. *p.* 64.

„ „ zu Note 23. vendibiles introitus *Amm. Marc.* XXX. 4.

„ 174 Note 42 Z. 9 st. auch l. durch.

„ 177 streiche die ganze Note 68. Vgl. S. 793 Note 27.

„ 182 Z. 9 hinter: Züchtigung, setze: beschränkt.

„ „ zu Note 22. *L. 3. D. expil. her.* (47, 19).

„ 184 zu Note 32. *L. 22. D. de interrog. in iure* (11, 1).

S. 189 zu Note 3. *L. 4. C. l. de sent. et int.* (7, 45).

„ 190 Z. 1 von u. st. Rechts- l. Richter-.

„ 191 Note 14 streiche: und actio extraordinaria. Vgl. *L. 52. § 2. D. de act. empti* (19, 1).

„ 197 zu Note 6. *cf. Lex Rubria c.* 21. *vers.* 23. aut vindicem locupletem ita non dederit.

„ 199 zu Note 15. Die denuntiatio in foro *Cic. pro Caec.* 7. war die anständigere Form, wie man den Gegner von der beabsichtigten Klage benachrichtigte, worauf dann das Vadimonium folgte. Vgl. *pro Tullio* 20.

„ 202 zu Note 29. A. M. ist Rudorff, Zeitschr. f. Rechtsg. IV. S. 61.

„ 208 folg. zu „Die actio ist — jedes Recht in seiner vollsten gerichtlichen Geltung, d. h. insofern es durch Klage zum Gegenstand eines gerichtlichen Rechtsstreits gemacht werden kann." Hierauf beruht auch die ihm eigenthümliche hypothetische Natur. Eigenthum ist das Recht unbedingt und allgemein (absolut) über die Sache zu verfügen; die Eigenthumsklage dagegen das Recht, die richterliche Entscheidung über das Eigenthum herbeizuführen, welche auch negativ (absolutorisch) ausfallen kann. Deshalb giebt der Prätor die actio nur ex edicto, d. h. hypothetisch, wie auch die exceptio, cautio, missio in possessionem u. A. Vgl. § 114 Note 33. Und eben daraus erklärt sich die zwiefache Wirkung der Litiscontestation, welche die meisten Neueren nicht begriffen haben. S. § 103 Note 72. Eigentlich ist freilich diese hypothetische Natur allen Rechten gemein d. h. sie bestehen nur, insofern sie vom Staat anerkannt werden; diese Eigenschaft aber kommt zur Erscheinung, wenn sie actio, exceptio u. s. w. werden.

„ 212 zu Note 5. Daß das Vadimonium die Beziehung auf die bestimmte Sache ausdrückte, beweist *L. 5. D. de exc. rei iud.* (44, 2).

„ 214 zu Note 13. Näheres unten § 105 S. 550 folg.

„ 216 zu Note 27. *L. 26. § 6. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6).

„ 221 Z. 5 st. worauf l. wodurch.

„ 224 zu Note 29. *cf. Festus v. Parret M. p.* 233.

„ 234 zu Note 6. *L. 8. § 7. D. de neg. gest.* (3, 5). *L. 9. § 6. D. ad exhib.* (10, 4).

„ 237 Note 11. Hinter superior in possessione non fuisset, setze:

Er würde, indem er den Cäcina moribus deducirt hätte, anerkannt haben, daß nicht er, sondern dieser Besitzer sei.

S. 255 zu Note 21. *Cic. pro Caec.* 12.
„ 256 Note 32 Z. 12 st. huiusque l. huiusmodi.
„ 257 zu Note 35. *L. 8. §§ 3. 4. D. si serv.* (8, 5).
„ 259 Z. 3 st. positiv l. passiv.
„ 263 Note 14 hinter cautio usufructuaria, setze: *L. 11. § 2. L. 30. § 5. D. de iureiur.* (12, 2).
„ 265 Columnentitel l. § 93.
„ „ Note 25 Z. 1 l. *Cic. pro Rosc. com.* 5.
„ 276 Z. 8 hinter (strictum ius) setze 3).
„ 287 Z. 5 streiche 41) und setze es Z. 9 hinter: springen.
„ 302 Z. 3 hinter: würde, setze 37).
„ 304 Z. 14 hinter: Quasicontractsklagen, setze: durch die Demonstratio den Rechtsfall und in der Intentio.
„ „ Z. 24 vor: Intentio, setze: Demonstratio und.
„ 323 Note 86 zu: actio mandati, setze: *L. 12. § 6. D. mandati* (17, 1). *L. 46. D. de her. inst.* (28, 5).
„ 348 st. andre l. neue.
„ 349 zu Note 20 st. *L. 3. § 4. D. ne vis fiat* (43, 4) l. *L. 3. pr. § 1.*
„ 382 Note 176 l. *L. 14. § 3. D. de exc. rei iud.* (44, 2).
„ 386 Z. 17 st. er l. der Kläger.
„ 399 zu Note 68. Vgl. *L. 27. pr. D. de nox. act.* (9, 4). — ipso iure *sc. honorario.*
„ 415 Note 21 l. Huschke: GRAECI L. TITIO.
„ 416 zu Note 44. *§ 1. I. de off. iud.* (4, 17).
„ 421 Z. 9 st. der Einwirkung l. dem Gesichtskreis.
„ 423 Z. 11 st. Rescriptsprozeß l. kaiserlichen Gericht.
„ 473 Z. 18 st. ET l. AUT.
„ 487 Note 16 st. 106 l. 113.
„ 505 Note 8 Z. 37 sind die Worte: Ebenso bei prätorischen Stipulationen, in Z. 49 vor *L. 18. D. ratam rem hab.* (46, 8) zu setzen.
„ 510 Z. 12 l. Die negative Wirkung selbst.
„ 523 zu Note 164. Den sichersten Beweis enthält *L. 7. C. l. de execut. rei iud.* (7, 53).
„ 547 Z. 8 st. beweisen l. bereuen.
„ 588 Note 11 st. Munet l. Manet.
„ „ Note 14 st. die Briefe l. den Briefen.

S. 591 Z. 13 st. hier noch l. hiernach.
„ 608 Note 5 st. § 108 Note 15 l. § 50 Note 10.
„ „ zu Note 6 § 108 Note 15.
„ 613 Z. 3 l. sind die — sehr einfachen.
„ 624 zu Note 22. In materiellem Widerspruch mit diesem Grundsatz steht das Responsum des Paulus in *L. 40. D. ad leg. Aquil.* (9, 2), das zu rechtfertigen ich nicht unternehme.
„ 626 zu Note 37. Vgl. *L. 17. pr. D. de appell.* (49, 1). *Modestin.* Cum in una causa separatim duplex sententia divisa datur, velut una sortis, alia usurarum. *cf. L. 13. C. I. de usuris* (4, 32). *L. 29. § 1. D. de min.* (4, 4). *Modestin.* Ex causa curationis condemnata pupilla adversus unum caput sententiae restitui volebat; — in ceteris litis speciebus *rel.*
„ 644 Z. 8 st. einer Sache l. eine Sache.
„ 684 Z. 11 st. von den Gläubigern l. durch die Gläubiger.
„ 685 Z. 10 l. Denn es mußte.
„ 704 Z. 1 v. u. st. Mandatoren l. Mandatare.
„ 731 Z. 8 streiche 3).
„ 739 Z. 3 u. 1 v. u. streiche 28) und 29).

Zweiter Abschnitt.

Formulae.

Quellen.

I. Urkunden.

A. Für die Zeit der Republik.

Corpus inscriptionum latinarum. Vol. I. Inscr. antiquissimae. ed. Th. Mommsen. Berolin. 1863. fol. — Pars posterior. Inscr. a bello Hannibalico ad C. Caesaris mortem. Sectio 1. Instrumenta publica. p. 43. sqq.

Die wichtigsten für unsern Zweck sind:

1. Lex incerta reperta Bantiae, rogata inter a. u. c. 621—636. p. 45—48.

2. Lex repetundarum a. 631 vel 632. p. 49—72.

3. Lex agraria a. 643. p. 75—106.

4. Lex Cornelia de XX Quaestoribus a. 673. p. 108—110.

5. SC. de Asclepiade, Polystrato, Menisco in amicorum formulam referendis a. 676. p. 110—113.

6. Lex Antonia de Termessibus a. 683. p. 114. sq.

7. Lex Iulia municipalis a. 709. p. 119—125.

8. Lex Rubria [de iurisdictione in Gallia cisalpina ordinanda. Post a. 712.] p. 115—119.

9. Fasti anni Iuliani p. 293 - 412.

B. Für die Kaiserzeit.

Zu den öffentlichen Urkunden treten die in großer Zahl erhaltenen Monumente von Privatacten. Bis zum Erscheinen der Fortsetzungen des Corpus inscr. lat. sind neben den ältern Sammlungen vorzüglich zu benutzen Th. Mommsen Inscriptiones regni Neapolitani latinae. Lips. 1852. fol. und im Allgemeinen Orelli Inscriptionum latinarum selectarum ampl. collectio. Vol. I. II. Turic. 1828. 8.

und Vol. III. vortrefflich bearbeitet von Guil. Henzen Turic. 1856. Als Nothbehelf auch Haubold Monumenta legalia ed. Spangenberg. Berol. 1830. 8.

Unter den öffentlichen Urkunden, theils im Original, theils in alten Abschriften* erhalten, sind für uns die wichtigsten:

1. Monumentum Ancyranum s. Caesaris Augusti index rerum a se gestarum. Sueton. ed. Fr. A. Wolff II. p. 369. — H. Franzius et A. W. Zumpt 1845. 4. Eine neue Bearbeitung ist von Th. Mommsen zu erwarten.

2. Edictum Augusti de aquaeductu coloniae Venafranae donato. Th. Mommsen, Zeitschr. für gesch. R.-W. XV. S. 287—326. Inscr. Neap. 4601. Orelli-Henzen 6428. III. p. 270. sqq.

3. Senatusconsultum de aquaeductibus a. 743. u. c.* Frontin. de aquae ductibus c. 100. sqq. Haubold Mon. leg. n. 29—34. p. 170.

4. Lex Quinctia a. 745. u. c.* Frontin. l. c. c. 126. Haub. n. 35. p. 174.

5. Lex collegii fontanorum. Rudorff, Zeitschr. für gesch. R.-W. XV. S. 203—272. Th. Mommsen das. S. 345.

6. Lex agraria C. Caesaris s. Mamilia Roscia Peducea Alliena Fabia* (von Caligula a. 37—41. p. Ch.) L. 3. pr. D. de term. moto (47, 21). Schriften der Feldmesser I. S. 263—272. Vgl. Mommsen daselbst II. S. 223, Rudorff S. 244, Rechtsgesch. I. S. 216. Haub. n. 27. p. 166. sqq.

7. Edictum Tib. Iulii Alexandri a. 68. p. Chr. Rudorff, Rhein. Mus. für Phil. Bonn 1828. S. 64—84. 133—190. Haub. n. 45. p. 199. sqq.

8. Lex de imperio Vespasiani a. 70. p. Chr. Orelli I. p. 567. Haub. n. 46. p. 221. sqq.

9. Lex municipii Flavii Salpensani. c. 21—29

10. Lex municipii Flavii Malacitani. c. 51—69.

Beide von Domitian a. 81—96. p. Chr. Th. Mommsen, die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca. — Nachtrag. Leipz. 1855. 4. Orelli-Henzen 7421. III. p. 524.

11. Edictum perpetuum ex auctoritate D. Hadriani a Salvio Iuliano ICto compositum, SC. confirmatum * (inter a. 117—138). Vgl. Rudorff, Rechtsgesch. I. § 97 und über desselben zu erwartende Restitution seine Zeitschr. f. Rechtsgesch. III. 1. S. 1 folg.

12. Lis fullonum s. interlocutiones Aeli Floriani, Herenni

Modestini et Faltoni Restutiani Praefectorum Vigilum a. 226—244. Rudorff, Zeitschr. für gesch. R.-W. XV. S. 254 folg. Mommsen das. S. 326 folg.

13. Die kaiserlichen Rescripte im Codex Gregorianus, Hermogenianus und Iustinianus und andre kaiserliche Erlasse in G. Haenel Corpus legum ab Imp. Romanis ante Iustinianum latarum. Lips. 1857. 1858. 4.

II. Juristische Schriftsteller.

A. Unmittelbar auf uns gekommen:

1. Gaii Institutionum comm. quattuor. Ausg. von Göschen und Lachmann. Berol. 1842. 8. mit den Verbesserungen Anderer, insbesondere Huschke's, dessen neueste Ergänzungen in seiner Iurisprudentia Anteiustiniana Lips. 1861. 8. mir jedoch, zumal in einer für den akademischen Handgebrauch bestimmten Sammlung, zu kühn scheinen.

2. Dom. Ulpiani Institutionum libri duo. Die von Endlicher entdeckten Fragmente s. Zeitschrift für gesch. R.-W. IX. N. 1. 2. Abgedruckt in Böcking's Ausgabe von Ulpians sg. Fragmenten, 1836. 1845. 1855. Gegen die von Mommsen, Zeitschr. für gesch. R.-W. XV. S. 372 folg. vorgeschlagene und von Huschke, Iur. anteiust. p. 504. sqq. gebilligte Anordnung s. Bremer, de Dom. Ulpiani Institutionibus. Bonn. 1864. 8.

B. Die mittelbar in spätern Sammlungen, als den Vaticanischen Fragmenten, der Collatio, und vor allem in Justinians Digesten, erhaltenen zahlreichen Bruchstücke der classischen Jurisprudenz sind zwar nach dem Bedürfniß ihrer Zeit verstümmelt und gefälscht, enthalten aber dennoch höchst schätzbare Zeugnisse für die Gerichtsverfassung und den Prozeß dieser Periode.

III. Nichtjuristische Schriftsteller.

Für die Zeit der Republik giebt Cicero die reichste Ausbeute, nicht nur in seinen gerichtlichen Reden, namentlich den vieren, welche Civilsachen behandeln, sondern auch in seinen übrigen zahlreichen Schriften durch gelegentliche Bemerkungen juristischen Inhalts. Gegen sein Verdienst, als schöpferisches Sprachgenie das für alle Zeiten geltende „optimum genus dicendi“ eines Weltidioms, des Lateinischen, erfunden zu haben, ja selbst gegen sein, wenn auch nicht großartiges, doch redliches Wirken als Staatsmann, fällt seine Rechtskenntniß, auf die es uns allein ankommt, gar sehr ab. Er hatte davon nur so viel, als

jeder gebildete, im öffentlichen Leben stehende Römer haben mußte. Genaue Kenntniß des alten und des geltenden Rechts, wie sie der große Jurist Q. Mucius Scaevola besaß, oder Einsicht in den Zusammenhang desselben, wie Cicero selbst sie seinem Freunde Servius Sulpicius zuschreibt, zeigt er nirgends, insbesondere tritt in seinen civilistischen Plaidoyers die juristische Deduction durchaus gegen die oratorische zurück. Indeß, bei unserer Quellenarmuth, behalten seine Schriften auch in dieser Hinsicht einen hohen Werth.

Für die Kaiserzeit sind Quintilian's Anweisungen zur gerichtlichen Beredtsamkeit und seines Schülers, des jüngern Plinius' Zeugnisse aus der eignen gerichtlichen und Verwaltungspraxis lehrreich.

Uebersicht.

§ 55. In dem ersten unserer Betrachtung zum Grund liegenden Zeitabschnitt, der von der Gründung der Stadt bis in die Mitte des sechsten Jahrhunderts reicht, hatte Rom sich von einer kleinen latinischen Bürgerschaft zum herrschenden Haupte der italischen Eidgenossenschaft erhoben und zuletzt in dem Riesenkampf mit seiner Nebenbuhlerin, Karthago, um die Herrschaft in dem Weltkreis des Mittelmeers dafür entschieden, daß die Zukunft der europäischen Menschheit nicht unter phönicischem Krämergeist verkümmern, sondern den Segen römisch-griechischer Cultur genießen sollte. Während diese Erfolge wesentlich durch die vorausgegangene glückliche Beendigung der innern Partheikämpfe und den harmonischen Ausbau der Verfassung bedingt waren, hatte, wie wir gesehen, das bürgerliche Recht auf dem Punkt, wo es sich mit dem öffentlichen berührt, im Civilprozeß, seine alten strengen Formen, mit verhältnißmäßig geringen Modificationen, bewahrt. Daß diese nicht mehr genügen konnten, nachdem die Nation der Bevormundung durch priesterlich-juristische Geheimlehre entwachsen und der bürgerliche Verkehr zum Weltverkehr erweitert war, lag auf der Hand. Auch in Ermangelung genauerer chronologischer Daten dürfen wir daher mit Sicherheit annehmen, daß um eben diese Zeit die Legis Actiones um ihrer Enge und Strenge willen dem

Volke verhaßt[1]), durch die Lex Aebutia[2]) mit wenigen Ausnahmen abgeſchafft und in Folge deſſen durch eine freiere, der Sache angemeſſenere Form, die Formulae, erſetzt wurden[3]). Das Weſen derſelben zu beſtimmen, iſt unſere nächſte Aufgabe.

Die Formula ſchließt ſich unmittelbar an die ſchon in der vorigen Periode zur Regel gewordene Theilung des Richtergeſchäfts zwiſchen der Gerichtsobrigkeit und Geſchwornen an und brachte dieſe wichtige Einrichtung zur Vollendung. Zwar für die uralten Geſchwornencollegien, die Centumvirn und Decemvirn, wurde die Inſtruction per legis actionem beibehalten[4]). Aber in allen andern Fällen, und dieß war fortan die große Mehrzahl, ſollte nun mit dem Ausſpruch des Prätors, wodurch er einen Judex, Arbiter oder Recuperatoren ernannte (IUDEX ESTO, RECUPERATORES SUNTO), eine beſtimmt formulirte Anweiſung, worauf die Unterſuchung zu richten und wie eventuell das

1) *Gai.* IV. § 30. Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. nam propter nimiam subtilitatem veterum eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Cf. § 11.

2) Rudorff, Rechtsg. I. § 44 S. 106 berichtet über die verſchiedenen Meinungen und ſetzt ſie ſelbſt um die Mitte des ſechsten Jahrhunderts. Wenn Sex. Aelius Paetus (Catus) nach 550 ſich noch veranlaßt ſah, die älteren und neueren Legis Actiones in einer Sammlung zu praktiſchem Gebrauch (ius Aelianum) zuſammenzuſtellen (§ 21 Note 13) und der hannibaliſche Krieg erſt 553 zu Ende ging, ſo iſt die noch beſtimmtere Annahme gerechtfertigt, daß dieſe wichtige legislative Maaßregel früheſtens in die zweite Hälfte dieſes Jahrhunderts fiel, wo nach überſtandenem Kampf auf Leben und Tod in einer Zeit innerer und äußerer Ruhe Manches den erweiterten Verhältniſſen gemäß zu ordnen war. Die Lex Calpurnia iſt kein Grund, ſie nach 605 zu ſetzen.

3) *Gai. cit.* itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus. § 31. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere, damni infecti et si centumvirale iudicium fit. *Gell.* XVI. 10, 8. Cum — omnis illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, lege Aebutia lata consopita sit *rel.* Da Gellius und ſein juriſtiſcher Freund die ihnen näher liegenden Leges Juliae mit Stillſchweigen übergehen, auch ausdrücklich die Centumviralſachen als Ueberbleibſel des früheren Verfahrens nennen, ſo iſt klar, daß nach ihrer Anſicht die große Prozeßreform durch die Lex Aebutia bewirkt, durch die Juliſchen Geſetze nur in untergeordneten Beziehungen weiter geführt wurde. S. Note 16.

4) *Gai. Gell. citt. Cic. pro Caec.* 33.

Urtheil zu fällen sei (SI PARET — CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVE), verbunden und hierüber eine Urkunde (formula) in schriftlicher Ausfertigung dem Kläger zur Vorzeigung (editio) bei dem Judex, der darnach zu verfahren hat, übergeben werden[5]). Diese Verbindungsform zwischen Jus und Judicium ist so sachgemäß, ja so natürlich, daß man Keime derselben schon in der Zeit der Legis Actiones anzunehmen versucht ist[6]). Sie kann aber ebensowohl, wenigstens was die schriftliche Formula betrifft, die ganz neue, glückliche Erfindung eines Einzelnen, etwa des Urhebers der Lex Aebutia, gewesen sein.

Freilich das Gesetz selbst schrieb sie nicht vor, die Formula war keine neue Legis Actio. Ohne Zweifel ermächtigte die Lex Aebutia den Prätor nur, an Stelle der abgeschafften Legis Actio, zu einem an den Judex gerichteten Befehl, nach Gesetz und Recht zu verfahren[7]). Also nur die Form war in die Macht des Prätors gestellt, der Inhalt wurde zunächst aus dem alten Civilrecht entlehnt, ja bei einigen Formeln durch eine Fiction unmittelbar an die Legis Actio angeknüpft[8]). Allein auch die Form, die für das materielle Recht und seine gerichtliche Geltung entscheidend war, konnte nicht der absoluten Willkühr des Prätors überlassen sein, sie verlangte eine Bürgschaft gerechter

5) Concepta verba wird auch von gesprochenen Worten, z. B. beim Eide, gesagt. *Plaut. Pseud.* I. 3, 134 (353). Die Ausdrücke actio in rem scripta und ähnliche können auf die schriftliche Verzeichnung der Formula im Album des Prätors bezogen werden. Für die Ausfertigung einer selbständigen Urkunde sind entscheidend *Gai.* IV. § 131. debemus ita praescribere. §§ 132. 137. und die Editio beim Judex § 141. ad iudicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis *rel. L. 1. § 3. D. de edend.* (2, 13), nicht zu verwechseln mit der editio formulae in iure. S. Note 10.

6) Ich selbst habe sie früher angenommen. Zeitschr. für gesch. R.-W. V. S. 380. Huschke (Anal. p. 216) sucht sie in den recuperatorischen Prozessen, s. oben § 21 Note 25; Keller, Civilpr. S. 74 in der condictio triticaria. Vgl. § 44 Note 26.

7) Gaius in Note 3 sagt nicht, die Lex Aebutia habe die Formulae eingeführt oder gar vorgeschrieben, sondern die Legis Actiones aufgehoben und dadurch bewirkt, daß fortan per formulam verfahren werde.

8) *Gai.* IV. §§ 11. 32. 33. spricht nur von quaedam actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, während die Mehrzahl, innumerabiles sua vi ac potestate constant. Vgl. § 96 Note 9 folg.

Anordnung. Diese gewährte das von dem Prätor bei seinem Amtsantritt aufgestellte Edict, durch welches er verkündete, nach welchen Grundsätzen er seine Jurisdiction verwalten werde (edictum perpetuae iurisdictionis causa propositum) und dessen Hauptinhalt eben die von ihm für die meisten Fälle concipirten Formulae waren[9]). Hierdurch wurde wenigstens der gefährlichsten Willführ, der Gunst oder Ungunst im einzelnen Fall, vorgebeugt.

Die Abschaffung der Legis Actiones und die Einführung der Formulae gab auch der Instructionsverhandlung vor dem Prätor eine ganz neue Gestalt. Die Erklärungen der Partheien, wodurch sie sich unter einander und mit dem Prätor über den Gegenstand des Rechtsstreits verständigten, verloren die gebundene Form der Legis Actio und waren fortan nur durch Inhalt und Zweck bedingt. Eben deshalb standen sie mit der Formula in der nächsten Beziehung. Der Kläger insbesondere machte seinen Anspruch dem Gegner und dem Prätor bekannt, indem er auf die bestimmte, diesen Anspruch ausdrückende Formula im Edict hinwies und diese nur durch die Bedingungen des vorliegenden Falles ergänzte (actionis editio)[10]). Die Ertheilung derselben von Seiten des Prätors war Gegenstand seines Antrags (actionis postulatio), die Erlangung derselben gegen den Widerspruch des Beklagten der Erfolg, den er anstrebte (actionis impetratio)[11]). Von dem Inhalt der Formula war

9) Daß schon die legis actiones von Anfang der Prätur oder seit Cn. Flavius' Aedilität in einem solchen Edict aufgestellt worden, wie Leist, röm. Rechtssystem S. 8 Note 7, S. 20 und Rudorff, Rechtsg. I. § 61 Note 6, II. § 27 annehmen, scheint mir mit *Gai.* IV. § 12. quippe tunc edicta Praetoris — nondum in usu habebantur, in directem Widerspruch zu stehen. Weder die von den Juristen concipirten Legis Actiones, noch die Interdicte gaben zur Einführung der edicta perpetua des Prätors Veranlassung, sondern erst die Formulae. Die curulischen Aedilen aber entbehrten die Legis Actio wie das Imperium. S. § 69 Note 19, § 70 Note 28.

10) *L. 1. pr. D. de edendo* (2, 13). *Ulp.* Qua quis actione agere volet, eam edere debet. cf. § 3. *L. 21. D. de iudiciis* (5, 1). *L. 3. C. I. de edendo* (2, 1).

11) *Cod. Iust.* 2, 58. de formulis et impetrationibus actionum sublatis.

endlich die Untersuchung und das Urtheil, also der Ausgang des Judiciums abhängig [12]). So war also die Formula der concentrirte Ausdruck des Rechtsstreits, d. h. des von dem Kläger verfolgten und von dem Beklagten bestrittenen Rechts und insofern gleichbedeutend mit actio [13]). Die im Edict für alle Klagrechte aufgestellten Formulae aber bildeten fortan in noch vollkommnerer Weise den formellen Anknüpfungspunkt, das Knochengerüst, für das System des bürgerlichen Rechts [14]), wie früher die Legis Actiones.

Durch Aufhebung dieser letztern verschwindet ferner aus dem Gerichtswesen jeder Einfluß religiöser Momente, wie er insbesondere im ordentlichen Prozeß mit Sacramentum hervortrat. Auch der Gerichtskalender erhielt immer mehr einen rein bürgerlichen Charakter [15]).

Wenn die Lex Aebutia zu diesen Aenderungen nur den Grund legte, so entsteht die Frage, wie die neue Prozeßform sich weiter entwickelte, und welchen Einfluß darauf die tiefgreifenden Umgestaltungen, die der römische Staat in den vier Jahrhunderten dieses Abschnitts erfuhr, geübt haben. Denn nach Außen erweiterte er sich, von Eroberung zu Eroberung mehr gedrängt als freiwillig fortschreitend, zu einem einheitlichen Weltreich, das alle Länder vom Euphrat bis zu den Säulen des Hercules, von Brittanien bis zu den libyschen Wüsten umfaßte und nur vor der tapfern Abwehr der Germanen und Parther Halt machte. Im Innern riefen die Eigensucht der neuen,

12) S. vorläufig die Folgen der plus petitio bei *Gai.* IV. §§ 53. sqq

13) So im ganzen vierten Buch, dem dritten Theil des Institutionensystems von Gaius, nur daß bei formula der formelle, bei actio der materielle Sinn überwiegt, der den Römern eben durch die Aenderung der Form zum bestimmteren Bewußtsein kommen mußte.

14) Also nicht bloß „Leiter der Kindheit des Rechts", Rudorff, Rechtsg. § 3 Note 36. Die Jurisprudenz bedarf solcher festen Anhaltspunkte, die heutzutage das Gesetzbuch bietet, jedoch unvollkommner als das prätorische Edict, weil in starrer Unveränderlichkeit, und weil seine Vorschriften nicht, wie die Formulae, der Ausdruck der organischen Rechtsinstitute sind.

15) S. unten § 80. – Das ius pontificium wird jetzt als überflüssig für den Juristen, ja als schädlich bezeichnet. *Cic. de Or.* III. 33. *de leg.* II. 19—21.

durch unermeßliche Reichthümer corrumpirten Aristokratie (Nobilität, Optimaten) einer Seits und andrer Seits sowohl die patriotischen Bestrebungen ächter Volksfreunde als der Ehrgeiz herrschsüchtiger Demagogen eine Reihe von Staatsumwälzungen hervor, die, sobald ein Partheihaupt zugleich über das Heer gebot und über seine Gegner Sieger blieb, zur Militärdictatur führen mußten. Nicht zum ersten noch zum letzten Mal zeigte es sich, daß eine auflösende Demokratie die Tyrannis im Schooße trägt. Ueberdieß war, nachdem durch die Revolution, die wir den Bundesgenossenkrieg nennen, alle Italiker das römische Bürgerrecht erlangt hatten, die Führung dieser herrschenden Nation und die Regierung der unterthänigen Provinzen fortan nur durch einen absoluten Einzelwillen möglich.

Die einheitliche Organisation des ungeheuren Reiches mußte allerdings auch in der Justizverfassung Aenderungen veranlassen. Dennoch blieb die besprochene Einrichtung, die ihren Kern und die Grundlage ihres organischen, institutionellen Charakters bildete, die Theilung des Richtergeschäfts zwischen Gerichtsobrigkeit und Geschwornen und ihre Verbindung durch die Formula, wesentlich dieselbe. Es entsprach dieß ganz dem Grundsatz, nach welchem überhaupt die große Verfassungsänderung erfolgte, nehmlich die Formen des Freistaats beizubehalten und die absolute Gewalt des Princeps ihm einzufügen, eine großartige Lüge, die zwar, wie heutzutage in Frankreich, das öffentliche Leben vergiftete und fälschte, für die Verwaltung aber, insbesondere die der Justiz, große praktische Vortheile darbot. So konnte August, als er durch seine zwei Leges Juliae den Civil- und Criminalprozeß ordnete, im Civilprozeß unmittelbar an die Lex Aebutia anknüpfen, d. h. nur die ältere Prozeßform per legis actionem noch mehr einschränken und die neuere, nun schon bewährte, bestätigen und regeln [16]). So ist es gekommen, daß „was wir aus Cicero (70 v. Chr.) über das Gerichtswesen

16) Duas Iulias konnte *Gai.* IV. § 30. wohl nur die beiden leges iudiciorum privatorum et publicorum von August nennen. Vgl. Rudorff, Rechtsg. I. § 39 S. 95, II. § 27 Note 2.

lernen und was uns Gaius (160 n. Chr.) berichtet", endlich was neu entdeckte Bruchstücke Ulpians (220 n. Chr.) lehren, „bis auf wenige Ausnahmen, nur Züge Eines Bildes sind" [17]).

Jene welterschütternden Ereignisse, der Kampf um die freie Verfassung und deren Untergang, die tief greifenden Umwandlungen der Völkerzustände, erregen ein hohes dramatisches Interesse. Den tiefer Blickenden fesselt und erfreut auch die stetige Entwicklung nationaler Geisteskräfte, wie Sprache und bürgerliches Recht, die häufig jene Katastrophen überdauern und Unvergängliches für die Menschheit schaffen. So hat ein Jahrhundert nach dem Untergang der Freiheit ein Tacitus geschrieben, und wieder ein Jahrhundert später unter dem Wütherich Caracalla zeigen Papinians Schriften und Thaten noch Züge altrömischer Größe.

Uebrigens ist die Fülle des die Gerichtsverfassung und den Prozeß dieser Periode betreffenden Rechtsstoffes so groß, daß wir uns dem Zweck dieses Buchs gemäß auf das bleibend Werthvolle, Lehrreiche beschränken müssen.

I. Gerichtsverfassung.

A. Bis zum Ende der Republik.

1. Rom.

§ 56. In Rom, als dem eigentlichen Sitz der nunmehr über ganz Italien ausgebreiteten Bürgerschaft, war die Prätur nach wie vor das für die Verwaltung der Justiz bestimmte Amt. Ihre Bestimmung wurde selbst seit Einführung ständiger Criminalcommissionen (quaestiones perpetuae seit 605 d. St.) 149
auf diesen Zweig der Rechtspflege ausgedehnt und die Zahl der

17) S. mein Handbuch S. 19 Note 47 und die von Endlicher entdeckten Fragmente von Ulpians Institutionen, soweit sie die Interdicte betreffen. Paulus schrieb noch einen lib. sing. de conceptione formularum. *L. 20. D. de except.* (44, 1).

städtischen Prätoren auf sechs, dann in der Sullanischen Verfassung auf acht, und endlich durch Jul. Cäsar bis zu zehn, vierzehn und sechszehn vermehrt, die unter sich die Geschäftszweige verloosten und erst nach Ablauf ihres Amtsjahres (pro Praetore) die Verwaltung einer Provinz übernahmen[1]). Allein Civil- und Criminaljurisdiction blieben dennoch völlig geschieden, und während die an sich politisch bedeutenden Criminalprozesse durch das zwischen Senatoren und Rittern wechselnde Anrecht auf die Geschwornenlisten (album iudicum selectorum) Gegenstand des heftigsten Partheikampfes waren, wurde das Civilgericht in der Hand des Prätor urbanus und des Prätor peregrinus nur selten von den Stürmen der Revolution berührt[2]). Auch die Stellung und Wirksamkeit der Civilgeschwornen im Allgemeinen wurde durch diese nicht getrübt[3]). Denn die Centumvirn, obgleich auch ein Volksgericht[4]), hatten von jeher durch ihre Wahl aus den Tribus einen popularen Charakter; und die Vindicationen, über die, wenngleich nicht mehr ausschließlich[5]), von ihnen nach alterthümlichem Civilrecht entschieden wurde[6]), hatten längst mit den völlig veränderten Vermögens- und Verfassungszuständen ihre politische Bedeutung verloren. Gaben doch selbst die Plaidoyers hier mehr Veranlassung zu feinen juristischen Erörterungen als zu leidenschaftlichen Declamationen, in denen der angehende Staatsredner sich

1) Becker, röm. Alterth. II. 2. S. 190.

2) So als 665 der Prätor urbanus Asellio die alten Zinsverbote zur Anwendung brachte und darüber ermordet ward. *Liv. epit.* 74. Mommsen, röm. Gesch. II. S. 253. Einen andern Fall s. bei *Caesar de b. c.* III. 20.

3) Der Einfluß der politischen Leidenschaften auf den einzelnen Geschwornen ist dadurch natürlich nicht ausgeschlossen.

4) Iudicium publicum genannt wird das Centumviralgericht nirgends, dennoch aber dem privatum iudicium und privatus iudex entgegengesetzt. In dieser Zeit von *Cic. de Or.* I. 38. sq. Später von *Quintil. Inst. or.* V. 10, 115. *Plin. Ep.* VI. 33.

5) Seit Einführung der in rem actio per sponsionem und der formula petitoria konnten sie auch vor Einen Judex gebracht werden. S. unten §§ 88—92.

6) L. Crassus bei Cicero *l. c.* vgl. c. 56. sagt zwar ausdrücklich, daß auch in privatis iudiciis Rechtsfragen zur Verhandlung kamen, zeigt aber dann vorzugsweise an den Centumviralsachen, wie nothwendig dem Redner die Rechtskunde sei.

zeigen konnte [7]). Auch das Richteramt der Decemvirn war durch die Wahl in den Tributcomitien als erste Stufe der Beamtenlaufbahn Jedem zugänglich [8]), und die von ihnen zu entscheidenden Fragen der Freiheit und Civität, wenngleich mitunter politische Ereignisse berührend [9]), verwickelte sie nicht in den Partheikampf.

Die Einzelgeschwornen (iudices, arbitri) freilich werden in Cicero's Zeit nicht mehr ausschließlich aus den Senatoren, sondern auch aus dem Ritterstande gewählt [10]). Allein daß dieß unter Sulla's Regiment geschah, der die Criminalgerichte diesem Stande genommen und den Senatoren zurückgegeben hatte, beweist, daß jene Erweiterung des Civilgerichts sich nicht durch politische Gesetzgebung, sondern durch friedlichen Gerichtsgebrauch nach Analogie der Lex Sempronia des C. Gracchus (632 d. St.) gebildet hatte und deshalb unabhängig von deren Schicksal sich behauptete. Von einer geschlossenen Geschwornenliste (iudices selecti) für Civilsachen findet sich in Rom keine Spur [11]).

§ 57. So konnte sich also in diesen Civilgerichten, unge-

7) Dieß war wohl der Hauptgrund, weshalb die berühmtesten Staatsredner dieser Zeit, wie der *Dial. de Oratoribus c.* 38. berichtet, sich an den Plaidoyers vor den Centumvirn nicht betheiligten. Denn wenn man auch den Formularprozeß vor Einem Judex der Legis Actio vor den Centumvirn im Zweifel vorzog, so konnte doch die Rechtsfrage, wie in der causa Curiana und andern berühmten Rechtsfällen, das Motiv sein, sie vor diesen Gerichtshof von höchster Autorität zu bringen, so daß also von einem im Allgemeinen gesunkenen Ansehn desselben zu Ende der Republik, wie ich früher annahm (Zeitschr. für gesch. R.-W. V. S. 361), nicht die Rede sein kann.

8) S. oben § 23 Note 18.

9) So berührte die Sache, die Cicero als junger Mann vor den Decemvirn führte, Sulla's Strafgerichte über die Italiker. *Cic. pro Caec.* 33. Vgl. Mommsen, röm. Gesch. II. S. 348 folg.

10) *Cic. pro Rosc. Com.* 14. Auch C. Aquilius, vor dem Cicero seine Rede pro Quinctio hielt, war nur Eques. Daß der Consular Fimbria achtzehn Jahre nach der Lex Sempronia Richter über eine freiwillige Sponsion war (*Cic. de off.* III. 19), beweist nicht, was an sich wahrscheinlich ist, daß der Prätor seine Civilgeschwornen unterschiedslos aus beiden Ständen nahm. Schrankenlose Willkühr fand keines Falls statt.

11) Vgl. Keller, Civilpr. § 10 Note 154 und die daselbst Angeführten.

stört durch die politischen Stürme, die römische Rechtsanschauung ruhig zu ihrer Vollendung entfalten. Hierfür aber war die ganz neue Stellung der Magistratur zu den Rechtsquellen von der größten Bedeutung.

In der früheren Periode war die an sich unumschränkte Macht der Gerichtsobrigkeiten nicht nur durch ihren Amtseid, sondern noch bestimmter durch die strengen Formen der Legis Actio an die Gesetze gebunden [1]). Jener Eid zwar wurde nach wie vor bei dem Amtsantritt geleistet. Allein nachdem die Lex Aebutia jenes Verbindungsglied zwischen Gesetz und Gericht, die Legis Actio, aufgehoben und die Magistrate ermächtigt hatte, in ihren jährigen Edicten die Form selbst aufzustellen, nach der der Geschworne instruirt werden sollte, war jenes System durchbrochen und ein neues Princip aufgestellt, das, unterstützt durch das Bedürfniß und die öffentliche Meinung, in immer größerm Umfang zur Anwendung kam. Hatte der Prätor zunächst nur für die durch das alte Civilrecht begründeten Klagen in seinem Edict Formulae aufgestellt, so kündigte er bald auch für andre Fälle, wo eine solche Bedürfniß schien, seine Absicht an, einen Judex bestellen und ihn sachgemäß instruiren zu wollen, führte also neue prätorische Klagrechte (actiones honorariae) ein [2]). Die Einrede erhielt in der Formula eine neue, höchst zweckmäßige Gestalt (exceptio, praescriptio) und wurde bald von wenigen älteren civilrechtlichen Fällen auf zahlreiche neue, vom Prätor erfundene Gründe ausgedehnt [3]). Auch die Interdicte wurden nun im prätorischen Edicte geregelt und erweitert [4]); Besitzeinweisungen (missiones in possessionem) zu den verschiedensten Zwecken versprochen [5]) und unter dieser Form selbst eine Erweiterung des alten, beschränkten Erbrechts angebahnt (bonorum possessio); prätorische Cautionen für verschiedenartige Fälle angeordnet [6]) und endlich in der in integrum re-

1) S. oben § 21 S. 52.
2) S. unten § 96.
3) S. unten § 99.
4) S. unten § 98.
5) S. unten § 70 Note 23. 24.
6) S. ebendaselbst.

stitutio ein Mittel aufgestellt, im weitesten Umfang und nach freiestem Ermessen milderen Rechtsprincipien gegen das strenge Civilrecht Geltung zu verschaffen [7]). So erweiterten sich die Edicte, welche der Prätor urbanus und der Prätor peregrinus bei ihrem Amtsantritt aufstellten und deren wesentlicher Inhalt nur mit einzelnen Aenderungen und Zusätzen (nova edicta, clausulae) in die Edicte der Nachfolger überging (vetus edictum, tralaticium), zu einer vollständigen, fast das ganze bürgerliche Recht in seiner gerichtlichen Anwendung [8]) darstellenden Urkunde. Ein Gleiches thaten die curulischen Aedilen in Bezug auf die mit ihrer Polizeiverwaltung verbundene Civiljurisdiction [9]).

Das also gebildete System des ius praetorium, oder umfassender ius honorarium, trat dem Civilrecht theils bestätigend, theils ergänzend, theils berichtigend an die Seite [10]). In ersterer Beziehung war es nur der Form nach, in den beiden letztern auch dem Inhalte nach neu, und es entsteht die Frage, woher es diesen Inhalt schöpfte. Der Prätor peregrinus gab

7) S. unten § 70 Note 25. 26.

8) Inwiefern es als eine Prozeßordnung bezeichnet werden könne, was Hugo bestritt, Rudorff wieder aufgebracht hat, ist hiernach zu beurtheilen.

9) *Gai.* I. § 2. Constant iura ex legibus . . . . edictis eorum qui ius edicendi habent. § 6. Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani. sed amplissimum ius est in edictis duorum Praetorum, urbani et peregrini: — item in edictis Aedilium curulium. Die edictiones aediliciae bei *Plaut. Capt.* IV. 2, 42 (823) sind offenbar die Marktordnung betreffende Strafbefehle der Aedilen (*cf. v.* 803 810), beweisen also nicht das höhere Alter des ädilicischen edictum perpetuum. Vgl. Puchta Instit. § 81 Note f (I. S. 342). Früher hatten sie Rechtshändel wohl nicht per legis actionem, zu der Imperium gehört, sondern polizeilich (sua potestate) erledigt; jetzt überwiesen sie dieselben Geschwornen und stellten dafür in ihrem Edicte Formeln auf. — Ausgeschlossen von den prätorischen Edicten bleiben die Legis Actiones und das durch sie bedingte Civilrecht. Daher noch in dem Notenverzeichniß des Valerius Probus die legis actiones (§ 4.) und die edicta perpetua (§ 5.) unterschieden werden. Vgl. *L. 2. § 12. D. de or. iur.* (1, 2).

10) *Papinian. L. 7. § 1. D. de iustitia et iure* (1, 1). Ius praetorium est, quod Praetores introduxerunt, adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur *rel.*, weil von den honores, den Magistraturen, gebildet. *Pompon. L. 2. § 10. D. de or. iuris* (1, 2). *Cic. Verr.* II. 1, 44. Posteaquam ius praetorium constitutum est *rel.*

nunmehr in seinem Edicte den Rechtsgrundsätzen bestimmten Ausdruck und praktische Folge, die schon früher in den Prozessen der Fremden (peregrini) mit römischen Bürgern oder unter sich theils durch ihn selbst, theils durch die von ihm bestellten Recuperatoren zur Anwendung gekommen waren[11]), und die, da sie weder dem fremden noch dem eigenthümlich römischen Recht entnommen werden konnten, ein ius gentium oder naturale, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit[12]), sein mußten. Das Edict des Prätor peregrinus war also vorzugsweise das Organ, durch welches dieser dem Verkehr mit den Fremden bestimmte Theil des römischen Rechts sich zu einem vollständigen Rechtssystem entwickelte[13]). Aber nicht ausschließlich. Denn wie auch das alte, auf den Leges und der alten Jurisprudenz beruhende Civilrecht einerseits den Römern ganz eigenthümliche, andrerseits schon ursprünglich allgemein menschliche Rechtselemente enthielt[14]), und bei fortschreitender humaner Entwicklung des römischen Volks immer mehrere aus jenem ius gentium aufnahm[15]), auch der Prätor urbanus von jeher in der Verwaltung seines Imperiums solche berücksichtigt hatte[16]), so war es vorzugsweise diese na-

11) S. oben § 21 S. 53 und § 26 S. 73.

12) Dieser Ausdruck gehört allerdings erst der Zeit des wissenschaftlichen Bewußtseins an (*Gai.* I. § 1.), die Sache war uralt.

13) Im Einzelnen läßt sich dieß bei unserer beschränkten Kenntniß von diesem Edict (die einzige uns bekannte Bestimmung ist die in *lex Rubria c.* 20. erwähnte) nicht nachweisen.

14) Der Eigenthumserwerb durch Tradition geringerer Sachen (res nec mancipi), also iure gentium (*Gai.* II. § 66.), gehörte, wie die Nothwendigkeit der Mancipation bei werthvolleren (res mancipi = pretiosiores *Gai.* I. § 192.) ohne Zweifel dem ältesten Römerrechte an. Vgl. *§ 41. I. de rer. div.* (2, 1). Quod quamquam cavetur ex lege XII tab., tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Auch das formlose Depositum, obgleich iuris gentium (*Ulp. Inst. fr.* III. 2), schützten schon die Zwölf Tafeln durch eine Legis Actio, s. oben § 46 Note 9, und daß auch andere formlose Real- und Consensualcontracte in der letzten Zeit der Legis Actiones klagbar waren, s. daselbst.

15) So wurde das formlose Mutuum (*Ulp. Inst. fr.* III. 1.) durch die Lex Silia und Calpurnia aus dem Fremdenverkehr herübergenommen und durch die legis actio per condictionem geschützt. S. oben § 44.

16) So schützte der Prätor schon

turalis aequitas, die er als Vertreter der fortschreitenden Volksüberzeugung in seinem Edict zur Geltung brachte [17]). Ueberall ist es also die neue Prozeßform, per formulam, und die dadurch veranlaßte veränderte Stellung der Gerichtsobrigkeiten zu den Rechtsquellen, welche auf diese zum Allgemeineren gerichtete Entwicklung des römischen Rechts den entscheidendsten Einfluß geübt hat.

Diese eigenthümliche Stellung der Gerichtsobrigkeiten zu den Rechtsquellen ist aber nicht auf eine den Magistraten vom Volke übertragene legislative Befugniß zurückzuführen [18]), sondern nur eine eigenthümliche Form des Antheils an der Rechtserzeugung, der dem Richteramt als solchem zukommt [19]), nehmlich die im Volke lebenden oder sich erzeugenden rechtlichen Ueberzeugungen, sei es im einzelnen Fall, sei es im Allgemeinen als Rechtsregel, auszusprechen. Eigenthümlich römisch und dem Geiste römischer Rechtsentwicklung entsprechend ist nur, daß es nicht wie bei den Germanen Geschworne des Rechts (Schöffen) sind, die in mündlich gesprochnen Urtheilen oder Weisthümern als Organe des Volksbewußtseins fungiren, sondern die Gerichtsobrigkeit, die dasselbe in seiner fortschreitenden Entwicklung von Jahr zu Jahr zum gesetzlichen Buchstaben (ius scriptum) objectivirt [20]). Die Volksmäßigkeit dieses prätorischen Rechts aber wurde dadurch verbürgt, daß es nicht vorzugsweise Juri-

ursprünglich nicht den civilen Usucapionsbesitz, sondern die naturalis possessio durch sein Imperium (s. oben § 54), wie von jetzt an durch die in seinem Edict aufgestellten Interdicte.

17) Daß auch das neuere Civilrecht Grundsätze des ius gentium aufnahm, und dagegen das prätorische Recht in einzelnen Fällen mit dem ius naturale selbst in Widerspruch trat, hebt dieß nicht auf.

18) Darin sehr bestimmt sowohl von dem den außerordentlichen Bevollmächtigten des Volks ertheilten Recht, z. B. Städten (s. unten § 58 Note 10) oder Provinzen (s. unten § 60 Note 5) Gesetze zu geben (leges dare), als von den constitutiones Principum unterschieden. *L. 2. § 11. D. de or. iuris* (1, 2). *Gai.* I. § 5.

19) S. oben § 11 S. 18.

20) Daher das Edict Beides, seinem Grunde nach auf consuetudo zurückgeführt (*Cic. de invent.* II. 22.) und in seiner autoritativen buchstäblichen Geltung eine lex annua (*Cic. Verr.* I. 42.) genannt wird.

sten[21]), sondern in allen Zweigen der Verwaltung, zu Hause und im Felde, sich heranbildende Staatsmänner waren, die zu diesen Magistraturen berufen wurden und die gesunden Anschauungen des praktischen Lebens hinzu brachten[22]). Der Mißbrauch dieser beinahe legislativen Befugniß der Magistrate aber war dadurch eingeschränkt, daß ihre Edicte eben nicht Recht schaffende, alle Bürger an sich verpflichtende Gesetze[23]), sondern nur Verheißungen waren[24]), denen erst durch ihre Jurisdictionshandlungen Folge verschafft wurde[25]). Auch war ihre Geltung auf das Amtsjahr beschränkt[26]). Während desselben den Prätor ausdrücklich an sein Edict zu binden, fand man erst nach den schlimmen Erfahrungen der Revolutionszeit in der Lex Cornelia (des Volkstribuns C. Cornelius) von 687 d. St. nöthig[27]). Dagegen lag es in der Natur dieser eigenthümlichen Form der Rechtserzeugung, daß der Prätor, in die Reihen seiner Mit-

21) Ausgeschlossen waren sie natürlich nicht, wie denn viele der berühmtesten Juristen Staatsämter, also auch die Prätur bekleideten und als solche das Edict durch neue Clauseln bereicherten, z. B. P. Rutilius Rufus durch die Rutiliana constitutio, C. Aquilius Gallus durch die formula doli u. s. w.

22) Diesen Charakter eines aus dem Leben selbst geschöpften Rechts haben alle Institute des prätorischen Edicts im Gegensatz des subtilen Juristenrechts jener Zeit, und deshalb ist ihm vorzugsweise der bleibende Werth des römischen Rechts zuzuschreiben.

23) *Gai.* III. § 32. Quos Praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt, nam Praetor heredes facere non potest: per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt *rel.* Schon deshalb halte ich Huschke's Restitution von *Gai.* I. § 6. (Iurispr. anteiust. p. 92) für falsch denn praecepta waren diese Edicte nur ausnahmsweise (z. B. *L.* 8. *pr. D. de in ius voc.* 2, 4); überhaupt die Annahme einer Lücke für unbegründet, da der Ausdruck unmittelbar an § 2. anschließt.

24) *L. 2. § 10. D. de or. iur.* (1, 2). — ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, — edicta proponebant. *Cic. de fin.* II. 22. cum magistratum inieris, — est tibi edicendum, quae sis observaturus in iure dicundo.

25) Daher dem ipso iure (civili) entgegengesetzt wird, quod ex iurisdictione Praetoris pendet (*Gai.* IV. § 110.), quod tuitione Praetoris consistit (*L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr.* 7, 4) u. s. w.

26) *Cic. Verr.* I. 42. Si finem edicto Praetoris kalendae Ianuariae afferunt *rel.*

27) *Ascon. in Cornel. ed. Orelli p.* 58. Vorgänge wie die in der Prätur des Verres gaben dazu die Veranlassung. *Cic. Verr.* I. 46.

bürger zurückgekehrt, an das, was er als Volksrecht ausgesprochen hatte, selbst gebunden sein sollte [28]).

In diesem prägnanten Sinne war der Prätor der Bewahrer des bürgerlichen Rechts (iuris civilis custos)[29]) und sein Edict fortan der Mittelpunkt desselben. Denn es durch Volksschlüsse fortzubilden, ließ das Zeitalter der Revolution keinen Raum. Die Geschwornengerichte übten darauf nur den früher geschilderten untergeordneten Einfluß [30]), und die Jurisprudenz, obgleich in hohem, auch gerichtlichem Ansehen stehend, hatte dennoch durch Abschaffung der von ihr aufgestellten Legis Actiones bedeutend an Einfluß auf die Rechtsentwicklung verloren. Ueberdieß bewahrte sie noch ihren mehr conservativen als productiven Charakter [31]). Doch wandte sich bereits der Rechtsunterricht [32]) und die eben erwachende juristische Litteratur [33]) der neuen Rechtsquelle, dem prätorischen Edicte zu.

---

2. Italien.

§ 58. Die Gerichtsverfassung von Italien erfuhr in Folge des durch die Revolution veränderten staatsrechtlichen Verhältnisses zu Rom eine durchgreifende, alle Unterschiede ausgleichende Reform.

Den Völkerschaften, die als Glieder der italischen Eidgenossenschaft (socii, foederati) Roms Oberhoheit anerkannten und es durch Truppencontingente und andre Kriegsleistungen unterstützten, kam es je länger je mehr zum Bewußtsein, daß ihnen

28) *Dig.* 2, 2. *quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur. Cic. ad Q. fr.* I. 1, 7.

29) *Cic. de leg.* III. 3.

30) S. oben § 26. *Auct. ad Herenn.* II. 13.

31) Ueber den Kampf der buchstäblichen und freieren Jurisprudenz s. *Cic. pro Caecina* 23. 24. cf. *Topic* .17.

32) Die Zwölf Tafeln konnten dessen Grundlage nicht mehr bilden. *Cic. de leg.* II. 23.

33) Serv. Sulpicius, dem Cicero nachrühmt, daß er das Recht zuerst kunstmäßig bearbeitet, war auch der Erste, der ad edictum schrieb. *L. 2. § 44. D. de or. iur.* (1, 2).

nur Lasten, Rom die Vortheile der gemeinschaftlich errungenen Weltherrschaft zufielen. Einzelne nicht geahndete Frevel römischer Magistrate ließen sie ihre Abhängigkeit in empfindlichster Weise fühlen. Aber erst als sie durch römische Partheiführer in die revolutionären Kämpfe des siebenten Jahrhunderts verwickelt, als die Erwartung auf Erlangung des römischen Bürgerrechts ihnen mehrmals erregt und immer wieder getäuscht worden, führte die stets wachsende Gährung endlich im J. 663 zu einem allgemeinen Aufstande, dem kurzen, aber gefährlichen Bundesgenossenkriege, in dem Rom nur durch Gewährung der verlangten bürgerlichen Gleichstellung seine Existenz rettete [1]). Schon im ersten Jahre (664) wurde durch die Lex Julia des Consuls C. Julius Cäsar allen treu gebliebenen italischen Gemeinden, d. h. allen latinischen Colonien und einigen Föderirten, das römische Bürgerrecht ertheilt [2]); im zweiten (665) durch die Lex Plautia Papiria der Tribunen M. Plautius Silvanus und C. Papirius Carbo wahrscheinlich dieselbe Begünstigung allen denjenigen zugesichert, welche die Waffen niederlegen würden [3]), und also successiv ganz Italien in die römische Bürgerschaft aufgenommen [4]).

In socialer Beziehung hatten die Italiker damit ihren Zweck erreicht; jeder Einzelne von ihnen konnte sich als ein Glied des weltbeherrschenden Volkes fühlen und genoß wirklich die höchste Rechtsfähigkeit des römischen Bürgers [5]). Aber politisch war

1) Ueber die Ursachen und den Verlauf des Bundesgenossenkriegs vgl. die treffliche Darstellung in Mommsen's röm. Geschichte II. S. 104. 120. 216 folg. 221 folg.

2) *Cic. pro Balbo* 8. Iulia, qua lege civitas est sociis et Latinis data. *Ser. Sulpicius* bei *Gell.* IV. 4, 3. Civitas universo Latio lege Iulia data est. *Appian. bell. civ.* I. 49.

3) *Cic. pro Archia* 4. erwähnt nach dem Zweck seiner Rede nur eine Nebenbestimmung des Gesetzes.

4) *Vell. Paterc.* II. 16. Paulatim deinde recipiendo in civitatem, qui arma aut non ceperant aut deposuerant maturius, vires (*rei publicae populi Romani*) refectae sunt. *Gran. Licin. p.* 38. (a. 667.) Dediticiis omnibus civitas data. *Liv. epit.* 80. Italicis populis a Senatu (in Ausführung der Lex Plautia Papiria) civitas data.

5) Nicht bloß im Privatverkehr, sondern auch im öffentlichen und Strafrecht, Provocation, Befreiung von körperlicher Züchtigung u. s. w.

der Gewinn für die verbündeten Städte, die bis dahin volle Autonomie besessen, von zweifelhaftem Werthe, daher auch die Annahme des römischen Volksschlusses [6]) in einigen derselben nicht ohne Kampf zu Stande kam [7]). Denn als römische Bürgergemeinden (municipia) sollten sie fortan von Rom das Gesetz empfangen, an dessen Zustandekommen sie, zunächst in acht oder zehn neue Tribus vertheilt [8]), einen kaum nennenswerthen Antheil nahmen. Nicht minder waren sie den in Rom erwählten Reichsbeamten und dem römischen Senat als der eigentlichen Staatsregierung unbedingt unterworfen [9]). Es kam also auf ein Compromiß, d. h. darauf an, ihnen von ihren alten Souveränitätsrechten so viel zu lassen, als mit der Staats-Einheit und Sicherheit vereinbar war, wobei die Verfassung der alten bestgestellten Municipien und Colonien zum Muster dienen konnte. Principiell geschah dieß ohne Zweifel sofort durch die erwähnten Gesetze. Die Durchführung im Einzelnen aber mag auch successiv, vielleicht durch Commissarien des Senats, die jeder Stadt ihr besonderes Stadtrecht (lex municipii) verliehen [10]), stattgefunden und also die Municipalverfassung sich gebildet haben, die von da an wesentlich gleichförmig in allen Theilen von Italien zur Erscheinung kommt. Daß Sulla, unter dessen Dictatur (672) allerdings Italien erst völlig unterworfen wurde, wie er den Staat oligarchisch restaurirte, so auch die italischen Municipien nach einem übereinstimmenden Plane neu organisirt habe, ist nicht erweislich [11]). Erst Jul. Cäsar, nach

6) Ueber dieß fundus = auctor fieri zu dem römischen Volksschluß vgl. Savigny, vermischte Schriften III. S. 285.

7) In Neapel und Heraklea. *Cic. pro Balbo* 8.

8) Savigny a. a. O. S. 288.

9) Sie hatten sich wohl wie früher Capua (*Cic. advers. Rullum* II. 35) mit der Hoffnung geschmeichelt, daß ihr Gegen-Rom mindestens gleichen Antheil an dieser Staatsregierung erlangen würde.

10) Wie dieß von jeher geschah (*Cic. Verr.* II. 49.) und noch vorkommt in *Lex Iulia mun. lin.* 159 sq. cf. *Cic. ad famil.* XIII. 11.

11) Mommsen a. a. O. S. 366: „wenn nicht Sulla's, doch das Werk der Sullanischen Epoche." S. 369: „Ob schon das julische Gesetz, ob die Censoren von 668, ob erst Sulla das Einzelne geordnet hat, läßt sich nicht entscheiden". Einen gewaltsamen Eingriff Sulla's in die schon bestehende Ord-

erlangter Alleinherrschaft, entwarf im J. 709 d. St. in seiner berühmten Lex Julia municipalis eine vollständige, die Hauptstadt und die italischen und außeritalischen Municipien umfassende Communalordnung [12]), die fortan für diesen wichtigen Theil des römischen Staatswesens maßgebend blieb [13]). Aber auch sie conservirte die alten Grundlagen und ordnete nur Einzelnes neu, so daß sie als Abschluß der Gesammtverfassung Italiens auch rückwärts eine Hauptquelle für unsre Kenntniß derselben bildet [14]).

Das Wesen dieser theilweise neuen Verfassung besteht 1) in der vollständigen Auflösung der alten, durch Sprache, Recht und Vertrag verbundenen Völkerschaften, die also Rom nicht mehr gefährlich werden konnten [15]), und 2) in der Constituirung der einzelnen Stadtgemeinden (municipia, oppida) unter den altherkömm-

nung erwähnt *Cic. pro Cluentio* 8. Das Stadtrecht, das er kurz vor seinem Tode Puteoli gab (*Plutarch. Sulla* 37.), scheint die successive Organisation der einzelnen Orte zu bestätigen.

12) *Corp. inscr. lat.* Vol. I. ed. Mommsen p. 119 seq. Walter's (Rechtsg. § 260) Entdeckung dieser Lex Julia municipalis in der s.g. tabula Heracleensis und Savigny's (verm. Schr. III. S. 327 folg.) Begründung und Erweiterung dieses glücklichen Fundes halte ich für unumstößlich. Ihren scheinbar disparaten Inhalt erklärt Mommsen befriedigend daraus, daß Jul. Cäsar das bis dahin herrschende Rom als Municipium behandeln wollte, natürlich nicht in Bezug auf die Consuln, den Senat und die Comitien, die als Staatsbehörden nun die gesammte über Italien ausgebreitete Bürgerschaft vertraten, sondern in wirklich communalen Angelegenheiten, wie die Getreidespenden, die Straßenpolizei, die öffentlichen Plätze u. s. w., von denen ausschließlich der Rom betreffende Theil der erhaltenen Gesetzestafel (*lin.* 1—28) handelt, während in den Municipien (*lin.* 83—140) die Magistratur, der Senat, die Befähigung dazu u. A. geordnet wird. Der Census als Staatsangelegenheit wird, aber natürlich nur in Italien, der höchsten Municipalmagistratur delegirt (*lin.* 141—158) und schließlich der Auftrag der früher bestellten römischen Harmosten noch auf Ein Jahr verlängert (*lin.* 159—163).

13) Die Lex municipalis, auf die als Grundlage des Municipalrechts überhaupt noch in der Kaiserzeit zurückgegangen wird, kann keine andre sein. Savigny a. a. O. S. 353 folg.

14) Die Gerichtsverfassung, auf die es uns allein ankommt, wird in dem erhaltenen Bruchstück nur vorausgesetzt. Zur Ergänzung dient mutatis mutandis die Lex Rubria, s. § 59.

15) Am längsten hielten die Samniter auch nach erlangtem Bürgerrecht zusammen und wurden dadurch in den Kämpfen zwischen Marius und Sulla Rom so gefährlich.

gebrachten Namen municipia, coloniae, praefecturae [16]), als selbständiger Communen mit einer beschließenden Bürgerversammlung (comitium conciliumve, municipes), einem verwaltenden Senate (senatus, decuriones conscriptive), und richterlichen Obrigkeiten (magistratus potestatesve) [17]), denen die kleineren Orte, fora, conciliabula, vici, mit oder ohne Communaleinrichtungen, sich gliedlich anschlossen [18]).

Denn zu den den Municipien erhaltenen Hoheitsrechten gehört vor Allem die Gerichtbarkeit, welche regelmäßig durch vier von der Bürgerschaft erwählte [19]) jährige Gemeindebeamte (Quattuorviri) verwaltet wird und diesen eine eigentliche obrigkeitliche Stellung verleiht [20]). Zwei derselben vereinigen, ähnlich den römischen Consuln vor Abzweigung der Prätur, mit der Vorstandschaft über Senat und Bürgerschaft die volle Civil- und Criminaljurisdiction und heißen deshalb Duumviri oder, als Glieder jenes Collegiums von vier Männern, auch Quattuorviri iuri dicundo. Nur ausnahmsweise sind ihre alten Amtsnamen erhalten [21]). Auch darin sind sie den

16) *Cic. in Pison.* 22. totius Italiae —, neque enim regio fuit ulla, neque municipium, neque praefectura aut colonia *rel.* Vgl. die Lex Julia municipalis und die Lex Rubria.

17) Die treffliche Darstellung in Savigny's Gesch. des röm. Rechts im MA. I. §§6—16 ist durch neuere Untersuchungen, namentlich A. W. Zumpt, Comm. epigraph. Berol. 1850. 4. in mehreren Punkten ergänzt und berichtigt worden. Vgl. Becker-Marquardt, röm. Altertth. III. 1. S. 44—55. 347 folg.

18) Näheres bei Becker-Marquardt S. 52 folg. Ueber die vici, Dörfer, *Festus* v. *vici M. p.* 371. ex vicis partim habent rem publicam et ius dicitur, partim nihil eorum, et tamen ibi nundinae aguntur negotii gerendi causa et magistri vici, item magistri pagi quotannis fiunt. Die gottesdienstliche Verfassung ist mit der bürgerlichen nicht zu verwechseln. *Mommsen Corp. inscr. lat.* Nr. 602 und p. 159.

19) *Lex. Iul. mun. lin.* 85. 98. sq. 130. 132 sq. *Cic. pro Cluentio* 8. *ad Att.* V. 2.

20) Als Vertreter der Stadt mit den Decemprimi des Senats bei *Cic. ad Att.* X. 13.

21) *Lex. Iul. mun. lin.* 84. Queiquomque II virei IIII virei erunt aliove quo nomine magistratum potestatemve sufragio eorum, quei quoiusque municipi — erunt, habebunt. *Cic. in Rull.* II. 34. *Orelli Inscr.* 3785 sqq.

Consuln ähnlich, daß nach ihnen als den höchsten Obrigkeiten das Jahr benannt wird[22]). Die beiden andern, den curulischen Aedilen ähnlich, Duumviri oder Quattuorviri aediliciae potestatis, haben die Verwaltung der Polizei und Polizeigerichtbarkeit[23]). An Stelle der ersteren wird in die Präfecturen von Rom ein Praefectus iuri dicundo gesandt[24]), der jedoch nicht mit den unter diesem Namen vorübergehend und zu verschiedenen Zwecken bestellten Vertretern der Duumvirn zu verwechseln ist[25]).

Die Gerichtbarkeit der Duumvirn und Präfecten erstreckt sich auf alle Civilsachen ohne Einschränkung, auch auf die höhern Functionen des Prätors, z. B. missio in possessionem[26]), obwohl imperium als die höchste nur vom römischen Volke übertragene Amtsgewalt ihnen nicht zugeschrieben wird[27]), und auf das ganze Territorium der Stadt, in dessen kleinern Orten sie selbst oder durch Stellvertreter Gerichtstage hielten[28]). Vor

22) Vgl. *A. W. Zumpt Comm. epigr. p.* 163 sqq. Mommsen, Stadtrechte S. 433. Huschke, Gaius S. 238 Note 114. Becker-Marquardt a. a. O. S. 352 folg. Für die Polizeigewalt der Aedilen s. *L. un. D. de via publ.* (43, 10) aus dem *lib. sing. Papiniani de officio Aedilium.* Für die Polizeigerichtbarkeit das Edict der curulischen Aedilen in Rom.

23) In Arpinum, das *Festus* v. *praefectura M. p.* 236. zu den Präfecturen zählt, wurden nach *Cic. ad fam.* XIII. 11. cf. *Orelli Inscr.* 571. bis zum Jahr 708 von der Bürgerschaft keine andren Magistrate als Aedilen erwählt, die ordentliche Gerichtsobrigkeit also von Rom gesandt. Auch die Lex Julia municipalis von 709 spricht noch von Präfecturen; die Volkswahl aber, die sie auch hier erwähnt (s. Note 19), kann nur auf andre Magistrate gehen.

25) S. Becker-Marquardt S. 357 folg., auch für die spätere Zeit *Lex mun. Fl. Salpensani c.* 25.

26) *Lex Iul. mun. lin.* 116—118. quoiusque bona ex edicto eius quiei iuri dicundo praefuit praefuerit — possessa proscriptave sunt erunt; queive iudicio publico Romae *rel.* Hiernach kann ich Puchta's Ansicht (Instit. § 92 I. S. 410 folg.), der die spätere Einschränkung der Municipalgerichtbarkeit der Lex Julia zuschreibt, nicht für richtig halten. Vgl. daselbst Rudorff Note t.

27) *Lex Iul. mun. lin.* 84 schreibt ihnen potestas zu, aber doch überall nur iurisdictio. Daß *Lex Rubr. c.* 20. II. *lin.* 50 sq. pro quo imperio nicht auf Municipalmagistrate geht, ist jetzt wohl allgemein anerkannt.

28) *Siculus Flaccus ed. Lachm. p.* 135. 160. Nur hierauf ist *Festus* in Note 17. ius dicitur (*in vicis*) zu beziehen.

ihnen mußte jeder Stadtbürger (civis) oder Beisasse (incola) sich einlassen [29]), doch konnten die Partheien durch ein freiwillig eingegangenes Vadimonium jede Sache auch zur Entscheidung des Prätors in Rom bringen [30]). Die Strafgewalt über Sklaven übten die Duumvirn uneingeschränkt [31]), desgleichen über Freie, mit Ausnahme jedoch der durch die leges iudiciorum publicorum vor die Criminalcommissionen in Rom verwiesenen Verbrechen [32]). Als Zeichen dieser Gerichtshoheit haben sie ein Tribunal [33]), ihre Diener aber tragen keine Fasces, sondern nur Stäbe (bacilli) [34]).

Daß Civilsachen auch in den Municipien regelmäßig Geschwornen (iudices, arbitri) zur Untersuchung und Entscheidung übertragen wurden, ist ausdrücklich bezeugt [35]). Wahrscheinlich wurden sie, wie in Rom ursprünglich aus den Senatoren, nur aus den Decurionen gewählt [36]).

29) S. unten §§ 66. 67.

30) *Cic. in Verr.* V. 13. ut nemo tam rusticanus homo L. Lucullo et M. Cotta Coss. (680. u. c.) Romam ex ullo municipio vadimonii causa venerit *rel.*

31) *Cic. pro Cluentio* 64—66. Die quaestio de furto et caede in Larinum führt zur Verurtheilung und Kreuzigung des verbrecherischen Sklaven.

32) *Lex Iul. mun. lin.* 118—120. erwähnt Beides, das iudicium publicum Romae und in eo municipio — quoius erit. Die Competenz des ersten bestimmten die leges iudiciorum publicorum; so für Mord die lex Cornelia de sicariis. *Coll.* I. 3. quod in urbe Roma propiusve mille passus factum sit. Sex. Roscius, Bürger von Ameria, war in Rom ermordet worden (*Cic. pro Rosc. Am.* 7); der angeblich vergiftete Oppianicus, Bürger von Larinum, in Rom gestorben. *Cic. pro Cluentio* 62. Wegen staatsgefährlicher Verbrechen schritt der Senat ein. *Polyb.* VI. 13. Vgl. Dirksen Obss. ad tab. Heracl. p. 125 sq. 130 sqq. Geib, Gesch. des röm. Crim.-Proz. S. 47 folg. 178 folg. 238 folg. Die Fälle des Marius und Varus, die als Proscribirte von Jedermann getödtet werden durften, gehören nicht hierher.

33) Nachdem in der Basilica zu Pompeji das Tribunal mit dem Carcer darunter sichtbar geworden, bedarf es nicht mehr der Berufung auf *Sueton. de clar. rhet. c.* 6. Für die Sella curulis Mommsen Inscr. neap. 2096. Orelli-Henzen 7121.

34) *Cic. de leg. agr.* II. 34. *cf. ad Att.* XI. 6.

35) Schon die Weise, wie *lex Iul. mun. lin.* 111 *sqq.* von iudicium fiduciae, pro socio u. s. w. spricht, läßt darauf schließen. Ausdrücklich bezeugt es die Lex Rubria, s. § 59.

36) Unter den Ehrenrechten der Decurionen erwähnt es *lex Iulia mun. lin.* 126 *sqq.* nicht, weil es mehr eine Last war. Vgl. § 66 Note 32.

Das in den Municipalgerichten zur Anwendung kommende bürgerliche und Prozeß-Recht war fortan nur das römische, und zwar nach den römischen Volksschlüssen, den prätorischen Edicten[37]) und sonstigem Herkommen[38]). Die Beschlüsse, welche die Municipes zu fassen berechtigt waren, bezogen sich wohl nur auf die Stadtverfassung[39]) oder Verwaltungsgegenstände, soweit die römischen Gesetze dazu Raum ließen.

Alle das öffentliche Recht der Städte betreffenden Streitigkeiten gehörten zur Competenz der höchsten Staatsbehörden in Rom und zwar innere, wie es scheint, vor Einen der Prätoren[40]). Rechtsstreitigkeiten der Städte unter einander wurden durch Commissarien des römischen Senats entschieden[41]).

§ 59. Unter Italien verstanden wir bisher das Gebiet der italischen Eidgenossenschaft, den erweiterten, unter besonderm Schutz der Götter stehenden Ager romanus[1]), dessen nördliche Grenze am adriatischen Meere (Picenum und Umbrien) ursprünglich der Aesis, am tyrrhenischen (Etrurien) die Macra bildete. Zwar kam es den Römern schon im Laufe des sechsten Jahrhunderts strategisch zum Bewußtsein, daß die italische Halbinsel

37) Die Aufzählung derer, die wegen Mangels bürgerlicher Ehre nicht in den Senat gewählt werden sollen, in der Lex Julia *lin.* 111 folg. stimmt wesentlich mit der Liste der Infames im prätorischen Edict. Eine durchgehende Beziehung auf die prätorischen Edicte zeigt die Lex Rubria, c. 20. 21. 22.

38) So wurde das altlatinische Recht klagbarer Verlöbnisse durch die Ausdehnung des Bürgerrechts auf die latinischen Colonien aufgehoben. *Serv. Sulpicius* und *Neratius* bei *Gell.* IV. 4.

39) So der Gemeindebeschluß in Arpinum über die geheime Abstimmung (lex tabellaria), den Cicero's Vater bekämpfte. *Cic. de leg.* III. 16.

40) Daraus erkläre ich mir, daß August (*Orelli-Henzen* 6428) die Streitigkeiten über die der Colonie Venafrum geschenkte Wasserleitung zur Instruction dem Prätor überweist; merkwürdiger Weise dem Prätor peregrinus (vgl. *Lex Rubria c.* 20. *lin.* 25), während früher der Prätor urbanus regelmäßig Commissar des Senats für die italischen Sachen war. S. oben § 18 Note 11.

41) Vgl. *Cic. de off.* I. 10. *ad Att.* IV. 15. *Varro de r. r.* III. 2.

1) *Liv.* XXVII. 5. cf. epit. XIX. Italia numine Deum electa und Diis sacra nennt es *Plin. H. N.* III. 6. 24. *Bip.* Bekanntlich waren die Auspicien, der Dienst der Flamines u. A. auf Italien beschränkt.

als geographische Einheit ihren Abschluß erst am Fuße der Alpen finde [2]). Allein das Land nördlich vom Apennin und die weite Ebene des Po, welche celtische Stämme den Etruskern abgenommen, das Tiefland an seinen Mündungen, das die Veneter, sein Quellengebiet und der gebirgige Küstenstrich, die die Ligurer inne hatten, erschien ihnen bei dem tiefern Bildungsstand dieser Völker als fremdes, barbarisches Land, und als es nach längerem Kampf Rom unterworfen wurde, erfuhren seine Bewohner eine viel härtere Behandlung als die ebenbürtigen italischen Stämme.

Zunächst wurde schon gegen Ende des fünften Jahrhunderts der Landstrich zwischen dem Aesis und Rubico den Senonen entrissen und dieser Ager Gallicus an römische Colonisten (Sena Gallica 465, Ariminum 485, lex Flaminia de agro — Gallico viritim dividendo 522, Pisaurum 571) ausgetheilt. Celtisches Wesen verschwand hier vollständig, so daß man es Gallia togata nennen und die italische Grenze bis an den Rubico vorschieben konnte [3]).

In unvermeidlicher Fortsetzung des Kampfes gegen die mächtigen Stämme der Bojer und Insubrer mit Hülfe der verbündeten Cenomanen war Anfang des sechsten Jahrhunderts so eben die ganze Polandschaft unterworfen und die römische Herrschaft durch zwei latinische Colonien diesseits und jenseits des Stroms, Placentia und Cremona (536), befestigt worden, als Hannibals Einfall dieß Eroberungswerk unterbrach. Aber nach dessen Besiegung (553) mußte es sofort wieder aufgenommen und durch definitive Unterwerfung aller celtischen Stämme, so wie der längst verbündeten Veneter und endlich auch der tapfern Ligurer, bis an den Fuß der Alpen ausgedehnt, durch

2) Alpibus Italiam munierat natura, non sine aliquo divino numine, sagt später *Cic. de prov. Cons.* 14.

3) *Plin. H. N.* III. 20. *Bip.* Rubico, quondam finis Italiae. — In hoc tractu interierunt — Senones, qui ceperant Romam. c. 19. — agrum Gallicum circa Ariminum. Ab Ancona Gallica ora incipit, togatae Galliae cognomine. Mommsen, röm. Gesch. II. S. 361 schreibt diese Erweiterung Italiens Sulla zu.

Gründung der latinischen Colonie Aquileja (573) im äußersten Osten, Luna's (577) im ligurischen Gebirg, Eporedia's (654) im Nordwesten, und Anlegung der entsprechenden Heerstraßen gesichert werden.

Was die Bevölkerung dieses unterworfenen [4]), fortan unter dem Namen Gallia cisalpina zusammengefaßten Landes betrifft, so wurde allerdings auch sie allmählich erst diesseits, dann jenseits des Po romanisirt; aber mehr durch Ausrottung [5]) oder Absorption des celtischen Elements [6]) als durch fortschreitende Entwicklung. Selbst die ligurischen Bergvölker, mit zahlreichen römischen Colonisten untermischt, nahmen endlich römische Sitte an [7]). Daraus erklärt es sich, weshalb das cisalpinische Gallien an dem Bundesgenossenkrieg keinen Antheil nahm und daß im zweiten Jahr desselben (665) durch die Lex Pompeja allen Gemeinden diesseits des Po, insoweit es nicht schon durch die Lex Julia (664) geschehen, die Civität, den Transpadanern als Uebergang dazu die Latinität [8]), endlich durch Jul. Cäsar (705) auch diesen das römische Bürgerrecht verliehen werden konnte [9]).

Für die Landesverfassung war es bedeutend, daß feste Städte den Celten und Venetern, theils eigner theils älterer Grün-

4) Ager imperii Romani, *Liv.* XLII. 55.

5) Den Bojern wurde die Hälfte ihres Landes genommen und römischen Colonisten in Bononia (665), Parma und Mutina (571) auch viritim (579) zugetheilt, sie selbst auf das grausamste behandelt. Vgl. *Liv.* XXXIX. 42 sq. So konnte auch von ihnen später gesagt werden: In hoc tractu interierunt Boii, quorum tribus CXII fuisse auctor est *Cato. Plin. H. N.* III. 20. *Bip.* Die Insubrer scheinen sich länger erhalten zu haben, da noch Cicero dem Piso unter andern Artigkeiten, die er ihm im Senat sagte, seine insubrische Abkunft mütterlicher Seits vorwerfen konnte. *in Pison.* 15. 25. 26. *Ascon. in Pison. p.* 4. 5. *Orell.*

6) Auch die Celten jenseits der Alpen haben der römischen Cultur viel weniger Widerstandskraft entgegengesetzt als z. B. die Germanen.

7) *Diodor.* V. 39. διὰ τὴν ἐπιμιξίαν τῆς Ῥωμαίων πολιτείας. Auch das ihnen abgenommene Land wurde (579) an Einzelne, römische Bürger und Latinen, vertheilt. *Liv.* XLII. 4.

8) *Ascon. in Pison. p.* 3. *ed. Orell. Cic. ad Att.* V. 11. I. 1. Vgl. Savigny, verm. Schr. III. S. 293 folg. 304 folg.

9) *Dio Cass.* XLI. 36. Vgl. Savigny a. a. O. S. 308 folg.

dung [10]), desgleichen den Ligurern neben zahlreichen Burgen (castella) [11]) nicht unbekannt waren, deren innere Entwicklung durch römischen Einfluß, insbesondere das Vorbild der Colonien, natürlich gefördert wurde. Indeß bestand zwischen diesen und den Landstädten ein erheblicher Unterschied. Die etwa acht römischen Colonien, latinischen oder Bürger-Rechts, hatten ohne Zweifel bei ihrer Gründung die gewöhnliche Verfassung mit Duumvirn oder Präfecten als Gerichtsobrigkeit erhalten [12]); die zahlreichen, zum Theil sehr ansehnlichen Landstädte dagegen waren, welches auch ihre innere Verfassung sein mochte, als Unterthanen des römischen Volks der ausschließlichen Richtergewalt des Magistrats unterworfen, der bei den fortgesetzten Kriegen, erst mit den Landeseinwohnern, dann mit den Völkern in den Alpen und jenseits, das Militärcommando hier führte. Bis Anfang des siebenten Jahrhunderts wurde dieses von Rom aus durch die Consuln und Prätoren versehen [13]), später durch einen Provinzialstatthalter [14]). Auch die

10) Die etruskische Hauptstadt Melpum wird das insubrische Mediolanum, und muß als ummauerter Ort von den Römern (558) erstürmt werden; Felsina wird unter den Bojern Bononia, dann latinische Colonie. Im Lande der Veneter leitete Patavium seinen Ursprung von Troja ab, und eben dahin weist der Name von Bergomum. Unter römischer Herrschaft wurden 576 den civitates Galliae auxilia, den (römischen) Colonien milites auferlegt (*Liv.* XLI. 5); 579 in Patavium Streitigkeiten der Bürgerschaft durch den römischen Consul geschlichtet (*Liv. ibid.* 27.) u. s. w. Selbst ein Schwarm transalpinischer Celten beginnt 571 eine Stadt zu bauen an der Stelle, wo dann die Römer die Colonie Aquileja gründen.

11) Taurinum im Binnenland ist eine ligurische Stadt; vici, castella, oppida werden in dem ligurischen Gebirgskrieg oft erwähnt; Genua an der Küste ist schon zu Anfang des sechsten Jahrhunderts und im hannibalischen Kriege die treue Verbündete Roms. 637 schlichten römische Commissarien den Grenzstreit der Stadt mit einem der ihr unterthänigen Castelle, die bekannte Sententia Q. M. Minuciorum. *Corp. Inscr. lat.* I. Nr. 199.

12) Dafür entscheidet die Analogie der Colonien in andren Provinzen und der Praefectus Mutinensis Note 21.

13) Nach Beendigung des hannibalischen Krieges berichtet Livius bei jedem Jahr, welchem der Consuln oder Prätoren das Commando in Italien, d. h. in Gallien, Venetien, Ligurien, welchen ein überseeisches angewiesen worden. Nur ausnahmsweise wird ihnen das Imperium pro Consule, pro Praetore verlängert.

14) Wann eine regelmäßige Provinzialverwaltung eingerichtet worden, steht dahin. Zuerst erwähnt

Ertheilung der Civität an die Cispadaner, der Latinität an die Transpadaner (665) änderte darin nichts. Zwar als Jul. Cäsar den Transpadanern das römische Bürgerrecht gab, war es seine Absicht, ihren Gemeinden die Autonomie der italischen zu verleihen [15]. Doch begnügte er sich, als er in der Lex Julia municipalis (709) die Verfassung aller Municipien innerhalb und außerhalb Italiens regelte, den Landstädten des cisalpinischen Galliens Stadtsenate und selbsterwählte Aedilen [16], nicht aber Duumviri iuri dicundo zu geben. Auch nach seinem Tode und nach Besiegung des Dec. Brutus, der das cisalpinische Gallien als Statthalter inne hatte (711), wurde in seiner Verfassung nichts geändert; bei der ersten Theilung der Provinzen unter die Triumvirn fiel es noch als solche dem Antonius zu [17]. Erst nach der Schlacht von Philippi und der zweiten Theilung (712) brachte Octavian, der nun den ganzen Westen beherrschte, den Gedanken des Oheims vollständig zur Ausführung, löste die Provinzialverwaltung, die nach Befriedung der Alpen überflüssig geworden [18], auf und schlug das bis dahin unterthänige cisalpinische Gallien zu dem freien Italien [19].

Nun wurde allen gallischen Municipien auch selbständige Gerichtbarkeit verliehen und deren Verwaltung durch ein für

wird sie unter Sulla (*Gran. Licin. p.* 42) und hat gedauert bis auf Dec. Brutus und Antonius. Vgl. Mommsen, röm. Gesch. II. S. 360 folg.

15) Auf diese Absicht scheint *Cic. ad Att.* V. 2. vom J. 703 zu deuten: eratque rumor de Transpadanis, eos iussos quattuorviros creare; bestimmt bezeugt wird sie von *Appian.* Note 17.

16) Hieraus erklärt sich der Quattuorvir aediliciae potestatis ex lege Iulia municipali in der merkwürdigen Paduanischen Inschrift. Savigny a. a. O. S. 363 folg.

17) *Appian. de b. c.* III. 30. *Dio Cass.* XLVI. 55.

18) Vgl. das Verzeichniß der durch August besiegten Alpenvölker auf dem tropaeum Alpium. *Plin. H. N.* III. 24. *Bip.* Dasselbe bezeugen die Triumphbogen von Susa und Aosta.

19) *Appian. de b. c.* V. 3. *τήν τε Κελτικὴν τὴν ἐντὸς Ἄλπεων ἐδόκει, (Καίσαρος ἀξιοῦντος) αὐτόνομον ἀφιέναι, γνώμῃ τοῦ προτέρου Καίσαρος. cf. c.* 22. Als geschehen bezeugt dieß für das J. 713 *Dio Cass.* XLVIII. 12. cf. *Mommsen Corp. inscr. lat.* I. *p.* 118. Die Grenzen Italiens bildeten fortan die Alpen und gegen Istrien der Formio. *Plin. H. N.* III. 22. *Bip.* Formio amnis antiquus auctae Italiae terminus, nunc vero Istriae. *cf. c.* 23.

Colonien und Landstädte gemeinsames Gesetz, die Lex Rubria[20]), nach italischem Vorbild geordnet. Als Gerichtsvorstand (qui iurisdictioni praeest) erscheinen darin die Quattuorviri, Duumviri iuri dicundo oder ein Praefectus, letzterer namentlich in der alten Bürgercolonie Mutina[21]). Auch erstreckt sich ihre Gerichtbarkeit, wie in Italien, auf das ganze Territorium der Stadt, mit den dazu gehörigen kleineren Orten[22]) und Einzelwohnungen[23]). Ganz neu ist jedoch, sei es als Uebergang aus dem früheren Zustande, sei es als Vorspiel der Monarchie, die Theilung der Gerichtsverwaltung zwischen den Municipalmagistraten und dem Prätor urbanus, so daß es nicht wie im übrigen Italien ganz von der Willkühr der Partheien abhing, ob sie die Sache in ihrer Heimath oder durch ein Vadimonium in Rom anbringen wollten;

20) *Corp. inscr. lat. Vol.* I. *ed. Mommsen Nr.* 205. *p.* 115 *sqq.* Rücksichtlich der Zeit des Gesetzes folge ich der Ansicht von *Dirksen Obss. ad leg. Gall. cisalp. p.* 198 *sqq.* Savigny, a. a. O. S. 319, Puchta, Instit. I. S. 400 und Huschke, Gaius S. 239, für die mir die Ueberweisung der höhern Jurisdiction nicht an den Provinzialstatthalter, sondern an den Prätor in Rom entscheidender scheint, als dagegen der Name Gallia cisalpina, um dessen willen *Mommsen l. c. p.* 118, Rudorff, Rechtsg. I § 12 Note 5 und Walter, Rechtsg. § 260 es in das J. 705 setzen und Jul. Cäsar zuschreiben. Dem widerspricht ja auch Appian, nach welchem erst 712 Octavian das cisalpinische Gallien αὐτόνομος gemacht hat. Magistratus prove magistratu (*Lex Rubr.* I. *lin.* 16) geht auf die Municipalmagistrate; neve quis pro quo imperio potestateve erit (*l.* 51) allerdings auf einen Magistrat des römischen Volks, beweist aber nicht für den Bestand einer ordentlichen Provinzialverwaltung, ist vielmehr auf städtische und außerordentliche Gewalten zu beziehen.

21) Dieser Praefectus Mutinensis kann nur ein Ueberbleibsel der frühern Verfassung von Mutina, einer alten Bürgercolonie, sein. Da er übrigens nur in den Formeln (*Lex Rubr.* I. *lin.* 28. 38.), nicht in dem Text des Gesetzes (I. *lin.* 16. II. *lin.* 15) erwähnt, und *Col.* I. *lin.* 48. 50 ausdrücklich bemerkt wird, daß es nur beispielsweise geschehe, so scheint mir Savigny's (a. a. O. S. 322) Annahme, daß Mutina die einzige Präfectur gewesen, nicht begründet. Warum sollte die gleich alte Bürgercolonie Parma nicht auch einen Präfecten gehabt haben?

22) Fora, vici, conciliabula, castella *col.* II. *lin.* 3. 26. 53 sq.

23) Die Sigle t.ve am Schluß der Aufzählung in Note 19 löst Mommsen durch territoriove auf, was, wenn es richtig ist, nur auf solche aus celtischer Zeit stammende Einzelwohnungen gedeutet werden kann.

vielmehr sind Sachen über einen gewissen Werth regelmäßig [24]) und die höhern Functionen des Imperiums, namentlich die die bürgerliche Existenz vernichtende missio in bona, ausschließlich [25]) dem Prätor vorbehalten. Die Municipalgerichtbarkeit ist also zu einer niedern herabgesetzt.

Sonst schließt diese Gerichtsordnung sich durchaus den prätorischen Edicten an, in Bestellung der Geschwornen, Aufstellung der Formulae, überhaupt im Prozeß- und im materiellen Recht, ja, wie es scheint, selbst in der Reihenfolge der Materien [26]) und giebt uns also ein deutliches Bild davon, wie das römische Recht, dessen Mittelpunkt jetzt jene Edicte bildeten, auf das erweiterte Italien ausgedehnt wurde.

---

3. Die Provinzen.

§ 60. Wenn schon in dem ersten Abschnitt (§ 18) der Eroberung überseeischer Länder, Siciliens, Sardiniens, Hispaniens, und der den Römern daraus erwachsenden Aufgabe, „was sie mit den Waffen gewonnen, durch Recht zu erhalten“, gedacht werden mußte, so hatte in den folgenden anderthalb hundert Jahren diese Aufgabe sich auf ein Weltreich erweitert, das sich

24) Die condictio certae creditae pecuniae und einige andre Klagen auf den Werth von mehr als 15000 Sesterzen; wegen größerer kann der Municipalmagistrat nur zu einem Vadimonium auf Rom zwingen. *Lex Rubr. c.* 21. 22. Prorogation war wohl nicht ausgeschlossen.

25) Die Personalhaft des Schuldners wegen certa credita pecunia als bloßes Zwangsmittel wird auch vom Municipalmagistrat, die missio in bona, die zum Verkauf seines Vermögens führt, nur vom Prätor urbanus verfügt. *Lex Rubr. cit.* Sollte nicht auch die Bestimmung des *cap.* 20. daraus zu erklären sein, daß der Municipalmagistrat wegen verweigerter cautio damni infecti die missio in possessionem rei, die gleichfalls imperii ist und den Verlust des Eigenthums zur Folge hat, nicht ertheilen kann? Den Prätor anzugehn, war in der eiligen Sache nicht möglich; daher wird sogleich die Schadensklage zugelassen. Anders später *L. 1. L. 4. D. de damn. inf.* (39, 2).

26) Mommsen, über den Inhalt des rubrischen Gesetzes, in Bekker's Jahrbuch II. 9. S. 319 folg.

zu Italien, dem Sitz der herrschenden Nation verhielt, wie etwa heutzutage die englischen Colonien in vier Welttheilen zu dem Mutterlande [1]). Nicht bloß der Zweck, diesen unermeßlichen Besitz dem Staate nutzbar zu machen (quasi praedia populi Romani)[2]), sondern auch der Ruhm eines gebildeten und gerechten Volkes, den die Römer in Anspruch nahmen[3]), machte eine Provinzialverfassung nothwendig, deren nicht wieder verlassene Grundlagen schon unter der Republik gelegt wurden und die von dem Ordnungssinn und Rechtsverstand der Römer Zeugniß ablegt[4]).

Was deren Quellen betrifft, so pflegte, auf den Grund des allgemeinen Verwaltungsrechts des Senats und einer besondern von demselben ertheilten Instruction, jeder Provinz bei ihrer ersten Unterwerfung durch den Feldherrn oder später durch einen Beauftragten des römischen Volks unter Beirath von zehn senatorischen Legaten ein eigenthümliches Organisationsgesetz (lex provinciae) verliehen zu werden[5]). Eine Ergänzung desselben bildeten dann die von den einzelnen Statthaltern erlassenen Edicte in ihrem den öffentlichen Zustand betreffenden Inhalt[6]). Durch Volksschlüsse wurde mehr das Verhältniß der Provinzialverwaltung zu der Centralregierung als das Recht der Provinz selbst bestimmt[7]).

1) Der Gegensatz von Italien zu den Provinzen wird für die Zeit der italischen Eidgenossenschaft bezeichnet einerseits durch socii nominisve Latini und andrerseits durch exterae nationes in arbitratu dicione potestate amicitiave populi Romani. *Lex repet.* (*Corp. inscr. lat.* I. *Nr.* 198.) *lin.* 1. Die Unterwerfung der erstern wird auch durch sub imperio populi Romani bezeichnet. S. § 59 Note 4.

2) *Cic. Verr.* II. 3.

3) Noch der Landpfleger Festus beruft sich auf das ἔθος Ῥωμαίων. *Act. Ap.* 25, 16.

4) Vgl. im Allgemeinen Becker-Marquardt, röm. Alterth. III. 1. S. 72 folg. 242 folg. Walter, röm. Rechtsg. §§ 233—248.

5) *Cic. Verr.* II. 49. quas — leges sociis amicisque dat is, qui habet imperium a populo Romano, auctoritatem legum dandarum a senatu: hae debent et populi Romani et senatus existimari. Berühmt sind die Lex Rupilia für Sicilien, die Lex Pompeja für Asien u. a. Vgl. Walter a. a. O. § 233 Note 7. Becker-Marquardt a. a. O. Note 1725.

6) *Cic. ad Att.* VI. 1. de rationibus civitatum — de publicanis — de iudicibus peregrinis. *ad fam.* III. 8. de sumptu legationum. *in Verr.* III. 10. de decumis.

7) So regelte die Lex Sempro-

Durchgreifende Maxime war es, von der alten Landesverfassung zu conserviren, was theils die Eingebornen durch Gewährung einer gewissen Selbständigkeit an das römische Interesse fesseln konnte [8]), theils ihnen die Lasten der Verwaltung überließ, ohne der römischen Herrschaft Eintrag zu thun. So gab es nicht nur in den meisten Provinzen eine größere oder geringere Zahl von Freistaaten (liberae civitates, liberi populi) und Fürstenthümern (regna), die auf Grund eines Bündnißvertrags die römische Hoheit anerkannten (*τὸ ἔνσπονδον*), sondern auch in den großen eigentlich unterthänigen Gebieten (provinciae s. str., *τὸ ὑπήκοον*) [9]) wurde den vorgefundenen Stadtgemeinden oder ländlichen Cantonen ihre Communalverwaltung belassen. Nur die größern politischen Einheiten wurden aufgelöst, jede Provinz in kleinere Verwaltungsbezirke (conventus, regiones) getheilt, und dem Ganzen Ein Magistrat mit höchster Civil- und Militärgewalt vorgesetzt, der als Statthalter des römischen Volkes dessen Imperium über alle Eingesessenen, römische Bürger wie Peregrinen, Verbündete und Unterthanen, nach Maßgabe ihres persönlichen Rechts, zu verwalten hatte. Seine Gehülfen (Legati) und der fiscalische Provinzialbeamte (Quaestor) sind ihm untergeordnet. Auch hier blieb man also dem altrömischen Grundsatz getreu, die ungetheilte Regierungsgewalt unter voller Verantwortung Einer Person zu übertragen, was der Verwaltung Einheit und Nachdruck sicherte und jeden Falls den Vortheil hatte, wie in England, durch verantwortliches Handeln Staatsmänner zu bilden.

Von untergeordneter Bedeutung sind die Wechsel, daß zunächst in die vier ältesten Provinzen eben so viele vom Volk

nia des C. Gracchus die Vertheilung der Provinzen, die Lex Cornelia des Sulla die Dauer ihrer Verwaltung u. s. w. Nur von der Lex Julia des Cäsar wissen wir, daß sie auch das Recht der liberae civitates sicherte. *Cic. in Pison.* 16. 37.

8) Diesen Grund führt *Cic. Verr.* III. 6. für die schonende Behandlung Siciliens an.

9) Für diese verschiedenen Bestandtheile des Reichs s. *Lex repet.* in Note 1. *Cic. Verr.* V. 65. omnes provincias, omnia regna, omnes liberas civitates, omnem orbem terrarum. III. 89. provinciae, liberi populi, regna.

erwählte Prätoren gesandt wurden, dann seit Einrichtung der Criminalcommissionen (quaestiones perpetuae 605 d. St.) die sechs städtischen Prätoren erst nach Ablauf ihres Amtsjahres mit verlängertem Imperium (pro Praetore) eine Provinzialverwaltung übernahmen; ebenso die Consuln früher während ihres Amtsjahres mit einem Militärcommando und der entsprechenden Provinzialverwaltung betraut wurden, seit Sulla's Verfassungsreform erst nach beendigter Amtsführung im Mittelpunkt des Reichs (pro Consule) dazu übergehen sollten. Auch über die Vertheilung der Provinzen und die Dauer der Verwaltung, die ursprünglich auf Ein Jahr beschränkt war, hat die Gesetzgebung der Revolutionszeit geschwankt [10]).

Die Gerichtsverfassung, auf die es uns hauptsächlich ankommt, war in dem Amte des Provinzialstatthalters ganz der römischen nachgebildet. Doch vereinigte dieser die getheilte Justizgewalt der verschiedenen städtischen Magistrate, in Civil- und Criminalsachen, in seiner Person [11]) und war, durch keine Intercession gehemmt, unumschränkter Gebieter über Vermögen, Freiheit und Leben aller Eingesessenen [12]). Nur römische Bürger konnten sich durch die Provocation an das Volk gegen seine Strafurtheile schützen [13]).

Seinem ausgedehnten, über die ganze Provinz sich erstreckenden Gerichtssprengel genügte er dadurch, daß er im Winter oder sonst in der Zeit der Waffenruhe umherreiste und in den

10) Vgl. Becker-Marquardt a. a. O. S. 275 folg. Mommsen, röm. Gesch. III. S. 362.

11) *Cf. L. 7. § 2. D. de off. Procons.* (1, 16). *LL. 10. 11. 12. D. de off. Praef.* (1, 18). Die selbständige ädilicische Jurisdiction des Quästors (*Gai.* I. § 6) ist wohl erst eine Einrichtung der Kaiserzeit; die fiscalische hatte er wie in Rom.

12) *Cic. Verr.* II. 12. Dubium nemini est, quin omnes omnium pecuniae positae sint in eorum potestate, qui iudicia dant; — si Praetor improbus, cui nemo intercedere possit *rel. Pseudo-Ascon. h. l. Cic. ad Quint. fratr.* I. 1, 7. Romae — tot magistratus, tot auxilia —; in Asia — tanta multitudo civium, tanta sociorum, tot urbes, tot civitates unius hominis nutum intuentur; ubi nullum auxilium est, nulla conquestio *rel. cf. L. 8. D. de off. Procons.* (1, 16). *L. 4. D. de off. Praef.* (1, 18).

13) Vgl Rudorff, Rechtsg. I. § 10 Note 3—5.

Hauptorten der einzelnen Bezirke (conventus), wo die Provinzialen und die römischen Bürger, Zollpächter, Kaufleute u. A. zur bestimmten Zeit zusammenkamen (auch conventus), neben Erledigung administrativer Geschäfte, selbst Gericht hielt (forum agere) [14]) oder dem Quästor oder seinen Legaten die Abhaltung dieser Gerichtstage übertrug [15]). Denn an einen andern Gerichtsort sollten die Eingesessenen nicht evocirt werden [16]).

Ueber die Rechtsgrundsätze, nach denen er seine Jurisdiction verwaltete, stellte er, wie die städtischen Magistrate, beim Antritt seines Amtes ein Edict auf (edictum provinciale) [17]), das theils den städtischen Edicten nachgebildet, theils den eigenthümlichen Verhältnissen der Provinz angepaßt war [18]). Hierin lag die Möglichkeit, auch die besondern Rechte der Provinzialen zu berücksichtigen [19]), die planmäßig zu vertilgen kein Grund war [20]), obgleich sie naturgemäß durch den Verkehr mit Römern

14) *Cic. ad Att.* V. 11. 20. 21. VI. 2. *Liv.* XXXIV. 48. 50. 51. *Caes. de bello Gall.* I. 54. u. sonst. *Festus* v. *conventus p.* 41. *M.* v. *forum p.* 84. *M.*

15) *Cic. ad Att.* V. 21. *Div. in Caec.* 17. *Verr.* II. 18. *Sueton. Iul.* 7. *cf. L. 4. § 6. D. de off. Procons.* (1, 16).

16) *Cic. Verr.* III. 15. iura Siculorum, quae habent a senatu populoque Romano: ne extra suum forum vadimonium promittere cogantur *rel. ad Att.* V. 21. Q. Volusium — misi in Cyprum —; nam evocari Cyprios ex insula non licet.

17) *Cic. Verr.* I. 43. 45. unterscheidet das edictum urbanum des Prätor urbanus und das edictum provinciale, Siciliense, des Proprätors von Sicilien.

18) *Cic. ad Att.* VI. 1. sagt von seinem Edict als Proconsul von Cilicien: breve autem edictum est propter hanc meam *διαίρεσιν*, quod duobus generibus edicendum putavi: quorum unum est provinciale (d. i. der Provinz eigenthümlich), in quo est de rationibus civitatum, de aere alieno (*sc. civitatum cf. ad Att.* VI. 2.), de usura (*cf. ad Att.* V. 21.), de syngraphis; in eodem omnia de publicanis: alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis, quae ex edicto (*sc. urbano*) postulari et fieri solent (*sc. imperio Praetoris*). tertium de reliquo iure dicundo (*sc. ex ordine iudiciorum privatorum*) *ἄγραφον* reliqui: dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum. Für diese Verweisung vgl. *Cic. Verr.* I. 43 *sqq.* III. 65.

19) *Cic.* in Note 18. de syngraphis. *cf. Gai.* III. § 134. Ueber die Erhaltung einheimischer Rechte durch einheimische Richter s. Note 23 und 24.

20) Die seltene Erwähnung einzelner Provinzialrechte, z. B. *Cic. ad fam.* XIII. 19. *Verr.* II, 22.

und die Rechtspflege römischer Magistrate successiv den römischen Grundsätzen über ius gentium weichen mußten.

Auch darin wurde der römische Gerichtsgebrauch auf die Provinzen übertragen, daß der Statthalter die Civilprozesse nur instruirte, die Untersuchung und das Urtheil Geschwornen (iudices, recuperatores) und zwar nach Maßgabe einer Formula, übertrug [21]). Die Grundsätze, nach welchen diese bestellt wurden, waren nicht überall dieselben. Regelmäßig wurde aus den im Gerichtsbezirk ansässigen römischen Bürgern verschiedenen Standes eine Liste der zum Geschwornenamt Qualificirten (selecti iudices ex conventu civium Romanorum) aufgestellt, aus welcher dann die Wahl im einzelnen Fall erfolgte [22]). Eine exceptionelle Vergünstigung für die Provinzialen war es, wenn in ihren Rechtshändeln unter sich nur einheimische Geschworne bestellt wurden, doppelt werthvoll, weil auch die Anwendung der einheimischen Gesetze dadurch verbürgt schien [23]). Desgleichen, wenn in gemischten Prozessen zwischen römischen Bürgern und Provinzialen der Geschworne nach dem Stande des Beklagten gewählt wurde [24]).

u. A., wird durch Nachrichten aus der Kaiserzeit ergänzt. S. unten § 70 Note 104. 120. 121. 125.

21) *Cic. divin.* 17. *Verr.* III. 22. 28. 65.

22) *Cic. Verr.* II. 13. in Note 24. Ceterarum rerum selecti iudices ex civium Romanorum conventu proponi solent. *Verr.* III. 58—60.

23) Als Vergünstigung des zeitigen Statthalters in seinem Edict: *Cic. ad Att.* VI. 1. Graeci — exultant, quod peregrinis iudicibus utuntur. nugatoribus quidem, inquies. quid refert? tamen se *αὐτονομίαν* adeptos putant; und unmittelbar vorher: multaque sum secutus Scaevolae (*Q. Mucii F. P. edictum Asiaticum*), in iis illud, in quo sibi libertatem censent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus. *ad Att.* VI. 2. omnes (*civitates*) suis legibus et iudiciis usae, *αὐτονομίαν* adeptae, revixerunt. Als Grundgesetz der Provinz in der folg. Note.

24) So in Sicilien nach dem Grundgesetz der Provinz: *Cic. Verr.* II. 2, 13. Siculi hoc iure sunt, ut (1) quod civis cum cive agat, domi certet suis legibus (also auch vor Richtern seiner Stadt; durch des Verres Edict ausdrücklich bestätigt. *cf. c. 37.* ut se — ad leges reiiceret). (2) quod Siculus cum Siculo non eiusdem civitatis, ut de eo Praetor iudices ex P. Rutilii decreto, quod is de decem legatorum sententia statuit, quam legem illi Rupiliam vocant, sortiatur. (3) quod privatus a populo petit, aut populus a privato, senatus ex aliqua civitate, qui iudicet,

Von der Jurisdiction des Provinzialstatthalters vollständig eximirt und eigenen Obrigkeiten unterworfen waren nur die Freistädte (civitates foederatae und liberae)[25]), denen durch den Bündnißvertrag oder durch Privileg, Senatusconsult oder Volksschluß, die Autonomie, d. h. der Gebrauch ihrer eigenthümlichen Gesetze, Rechte und Gewohnheiten und selbständige Gerichtbarkeit zugesichert war[26]). Die lex Iulia de provinciis des Jul. Cäsar bestätigte alle Rechte der Freistädte noch ausdrücklich[27]).

Die Provinzialverfassung war also auf eine zwar kräftige, aber gerechte Verwaltung berechnet. Dennoch war der Zustand der Provinzen, insbesondre die Rechtspflege, durchschnittlich traurig genug, weil die Statthalterwürde von einer sittlich ver-

datur, cum alternae civitates reiectae sunt. (4) quod civis Romanus a Siculo petit, Siculus iudex datur; quod Siculus a cive Romano, civis Romanus datur. (5) ceterarum rerum selecti iudices ex civium Romanorum conventu proponi solent.

25) Ueber die Verhältnisse im Allgem. s. Becker-Marquardt a. a. O. S. 247 folg.

26) In dem Senatusconsult v. 674, welches Chios die Freiheit verlieh (*Corp. inscr. Graec. Nr.* 2222), heißt es: *ὅπως νόμοις τε καὶ ἔθεσιν καὶ δικαίοις χρῶνται, ἃ ἔσχον ὅτε τῇ Ῥωμαίων φιλίᾳ προςῆλθον, ἵνα τε ὑπὸ μηθ' ὡτινιοῦν τόπῳ ὦσιν ἀρχόντων ἢ ἀνταρχόντων, οἵ τε παρ' αὐτοῦς ὄντες Ῥωμαῖοι τοῖς Χείων ὑπακούωσιν νόμων.* In dem Plebiscit von 682, das die Freiheit der Pisidischen Stadt Termessus major bestätigt (*Corp. inscr. Lat.* I. *Nr.* 204.): I. 9. eique legibus sueis ita utunto itaque ieis omnibus sueis legibus Thermensis maioribus Pisideis utei liceto, quod advorsus hanc legem non fiat. II. 18. Quae leges quodque ious quaeque consuetudo L. Marcio Sex. Iulio cos. inter ceives Romanos et Termenses maiores Pisidas fuit: eaedem leges eidemque ious eademque consuetudo inter ceives Romanos et Termenses maiores Pisidas esto. Quodque quibusque in rebus loceis agreis aedificieis oppideis iouris Termensium maiorum Pisidorum ieis consulibus quei supra scriptei sunt fuit, — idem in eisdem rebus — ious esto. Zu bemerken ist die persönliche und sachliche Herrschaft der Termensischen Gesetze (vgl. jedoch Dirksen, Versuche zur Kritik S. 183); ferner daß in Bezug auf römische Bürger beide Urkunden neue Gesetzgebung ausschließen. — Für die Exemtion der Freistädte von der Gerichtbarkeit des Statthalters *Cic. de prov. cons.* 3. iurisdictionem in libera civitate contra leges senatusque consulta. 4. de pecuniis creditis ius in liberos populos contra senatus consultum et contra legem generi tui (*i.e. Iul. Caesaris*) dicere.

27) *Cic. cit.* und *in Pison.* 16. 37.

verbten Aristokratie zu ungerechter Bereicherung in kürzester Frist und zur Befriedigung ihrer Lüste mißbraucht wurde, und die unsichere politische Stellung daheim auch den Besseren leicht verführte, Andern durch die Finger zu sehen[28]). Daß wir von den Frevelthaten eines Verres, eines Piso im Einzelnen unterrichtet sind, beruht auf dem zufälligen Umstand, daß Cicero sie gerügt und die Nachwelt dessen Reden als Muster der Beredtsamkeit aufbewahrt hat. Wie es in der Regel zuging, beweist das Lob, das Cicero den Siculern wegen ihrer Geduld in Ertragung gewöhnlicher Ungerechtigkeiten spendet[29]), und der Ruhm, den Cato's Strenge gegen die Wucherer, des Q. Mucius Scaevola gerechte Verwaltung der Provinz Asien als seltene Beispiele ärndteten.

Daß es aber gegen solche Mißbräuche keine ordentliche Rechtshülfe gab, beruhte auf einem allgemeineren Mangel der römischen Gerichtsverfassung.

§ 61. Dieser Mangel bestand darin, daß die absolute Selbständigkeit, also die Zusammenhangslosigkeit aller Gerichte eine geordnete Aufsicht und Controle ihrer Rechtspflege und eine

28) Insbesondre den meist dem Ritterstande angehörigen Zollpächtern. Vgl. *Cic. ad Att.* VI. 1. De publicanis quid agam, videris quaerere. habeo in deliciis, obsequor, verbis laudo, orno; — efficio, ne cui molesti sint. *ad Q. fratr.* I. 1, 11. publicani, quibus si adversamur, ordinem de nobis optime meritum — a nobis disiungemus; sin autem omnibus in rebus obsequemur, funditus eos perire patiemur, quorum non modo saluti, sed etiam commodis consulere debemus *rel.* Bekannt ist auch Cicero's schwächliche Nachsicht gegen den Wucher des M. Brutus. *Cic. ad Att.* V. 21. Savigny, verm. Schriften I. S. 386 folg. Charakteristisch endlich, daß Cicero's Abstellung der Mißbräuche seines Vorgängers ihm von diesem als ein ihm feindliches Unternehmen vorgeworfen wurde. *Cic. ad Att.* VI. 1.

29) *Cic. Verr.* II. 3. Iam vero hominum ipsorum, iudices, ea patientia — est *rel.* Sic porro nostros homines diligunt, ut his solis neque publicanus, neque negotiator odio sit. Magistratuum autem nostrorum iniurias ita multorum tulerunt, ut nunquam ante hoc tempus ad aram legum — confugerint. — Sic a maioribus suis acceperant, tanta populi Romani in Siculos esse beneficia, ut etiam iniurias nostrorum hominum perferendas putarent. Hunc denique (*sc. Verrem*) ipsum pertulissent, si humano modo, si usitato more, si denique uno in aliquo genere peccasset *rel.*

regelmäßige Prüfung und Berichtigung ihrer Entscheidungen in höherer Instanz, die wir als wesentliches Stück einer guten Justizverfassung betrachten, ausschloß.

Zwar in der alten strengen Zeit wurde dieser Mangel nicht gefühlt, vielmehr durch andre Vortheile überwogen. Daß die höchsten, mit königlicher Macht bekleideten Obrigkeiten, Consuln, Prätoren, einer Aufsicht unterlägen, war undenkbar. Auch die Geschwornen schienen gerade durch ihre Unabhängigkeit die vollkommenste Bürgschaft gerechter Entscheidung zu bieten. Aber als die Stadt sich zu einem Weltstaat erweiterte, als revolutionäre Willkühr und Sittenlosigkeit an die Stelle des strengen Rechtssinnes und alter guter Sitte traten, zeigten sich die republikanischen Formen auch in dieser Beziehung als nicht mehr zureichend.

In Rom konnte zwar die Intercession der Collegen mit gleicher oder höherer Gewalt (par maiorve potestas) [1]) und der Volkstribunen [2]) gegen jede Amtshandlung [3]), also auch gegen die Verfügungen der Gerichtsobrigkeit in Civilsachen, sowohl bei der Instruction [4]) als der Execution [5]) und gegen andere Handlungen des Imperiums, angerufen werden (appellatio). So wurde während der städtischen Prätur des C. Verres gegen dessen ungerechte, von dem eignen Edict abweichende Decrete Hülfe bei seinem Collegen L. Piso gesucht [6]). Bei den Volkstribunen bildete sich eine förmliche Cassationsinstanz, daher sie zu den rechtsprechenden Behörden gezählt werden [7]), obgleich sie nur mit ihrem Veto hemmend einschreiten,

1) *Cic. de leg.* III. 3. Hier gegen den sonstigen Sprachgebrauch mit der Berufung ans Volk in Criminalsachen unter dem Namen provocatio zusammengefaßt.

2) *Gell.* XIII. 12, 9.

3) Positive Beschränkungen s. in Rudorff's Rechtsg. II. § 85 Note 4. Dahin gehört ohne Zweifel auch *Cic. in Vatin.* 13. 14.

4) Fassung der Formula *Cic. pro Tullio* 38. *Acad. quaest.* II. 30. Bestellung einer Bürgschaft *Cic. pro Quinctio* 7. 20.

5) In der Sache des Quinctius sollte durch die Appellation an die Volkstribunen nicht bloß die Bestellung der Bürgschaft, sondern auch die drohende missio in bona gegen den indefensus, der pro damnato gilt, abgewendet werden.

6) *Cic. Verr.* I. 46. Vom Mißbrauch dieses Rechts s. *Caesar de b. c.* III. 20.

7) *Pomponius L. 2. § 34. D. de or. iuris* (1, 2). *Auctor ad*

nie eine positive Verfügung oder Entscheidung erlassen konnten. Auch in den italischen Municipien galt die Intercession der par maiorve potestas[8]). Nur in den Provinzen war gegen den Statthalter, so lange er im Amte war, keine Hülfe zu finden[9]), während er allerdings nicht bloß die Verfügungen des eignen Quästors[10]), sondern eben vermöge seiner unbeschränkten Machtvollkommenheit auch die seines Vorgängers rescindiren konnte[11]). Aber bei dem Mangel strenger Formen und fester Rechtsgrundsätze waren diese Hülfen doch zu sehr von Gunst und Glück abhängig[12]), um nicht statt eines festen Ganges Verwirrung in die Rechtspflege zu bringen.

In das Verfahren oder die Entscheidung des Judex einzugreifen, war selbst der Magistrat, der ihn bestellt hatte, nicht befugt, und in Rom fanden sich noch Geschworne, die solchen Anmuthungen widerstanden[13]); in den Provinzen freilich unterlagen auch sie der Allmacht des Statthalters[14]). Aber eben deshalb gab es keine regelmäßige Hülfe gegen ein ungerechtes Verdict, und daß die höheren Stände, die früher dafür die wünschenswerthe Bürgschaft zu bieten schienen, politischen Partheieinflüssen zugänglich[15]) und vorzugsweise von dem Sittenverderben der Zeit angefressen waren[16]), mußte auch hier zu Tage kommen.

Herenn. II. 13. Zahlreiche Fälle s. bei Zimmern, Rechtsg. III. § 169.

8) Für die Municipalmagistrate unter sich *arg. Leg. mun. Flav. Salp.* 27. Daß auch der Prätor urbanus vermöge seiner concurrirenden Jurisdiction den Municipalmagistraten intercediren konnte, folgt aus der Beschränkung in *Lex Rubria c.* 20. I. *lin.* 50 *sqq.*

9) S. § 60 Note 12.

10) *Cic. Div. in Caec.* 17.

11) *Cic. Verr.* II. 25. 26. 28. Diese Rescission scheint nicht bloß den früheren Act vernichtet, sondern eine vollständige Restitution bewirkt zu haben.

12) Vgl. Keller *Semestria ad Cic.* I. 1. *p.* 151 *sqq.*

13) So C. Aquilius in der Sache des Quinctius, als der Prätor Cn. Dolabella den Rednern die Gerichtsstunde beschränken wollte. *Cic. pro Quinctio* 9. 22.

14) So Verres in Sicilien durch Strafdrohung gegen die Geschwornen und Rescission ihres Urtheils. *Cic. Verr.* II. 13. 27.

15) Vgl. Mommsen, röm. Gesch. III. S. 480.

16) C. Titius, ein von Cicero anerkannter Redner aus der Zeit des L. Crassus (*Cic. Brut.* 45.), schildert in einem von *Macrob. Sat.* III. 16. (II. 12.) §§ 15. 16. uns auf-

Was endlich die persönliche Verantwortlichkeit des Richters für seine Amtshandlungen betrifft, so war die Schadensklage gegen den Geschwornen wegen des gesetzwidrigen Verfahrens oder eines ungerechten Urtheils (iudex litem suam faciens)[17] ein außerordentliches Rechtsmittel von sehr unsicherm Erfolg; und die öffentliche Anklage des Magistrats nach Ablauf seiner Amtszeit wegen Bestechungen und Erpressungen (iudicium repetundarum), die die Forderung des Schadensersatzes einschloß, zeigt in der Reihe verschärfender Gesetze mehr das steigende Uebel als eine durchgreifende Abhülfe[18]).

Auch in Bezug auf geordnete und einheitliche Rechtspflege war also das Bedürfniß einer Centralgewalt deutlich indicirt und sie säumte nicht sich einzustellen.

---

bewahrten Fragmente seiner Rede für die Lex Fannia, ein Luxusgesetz, die Sitten dieser Geschwornen, zwar übertreibend, aber gewiß nicht ohne thatsächlichen Anhalt also: Ludunt alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati. Ubi horae decem sunt, iubent puerum vocari, ut comitium eat percontatum, quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quot vetuerint. Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant. Dum eunt, nulla est in angiporto amphora quam non impleant, quippe qui vesicam plenam vini habeant. Veniunt in comitium: tristes iubent dicere: quorum negotium est narrant: iudex testes poscit, ipsus it minctum: ubi redit, ait se omnia audivisse: tabulas poscit, litteras inspicit: vix prae vino sustinet palpebras. Eunt in consilium: ibi haec oratio: quid mihi negotii est cum istis nugatoribus potius quam potamus mulsum mixtum vino Graeco, edimus turdum pinguem bonumque piscem, lupum germanum qui inter duos pontes captus fuit?

17) Daß wegen Formfehler früher mit der Hauptklage, erst später mit einer selbständigen actio in factum und nun auch wegen ungerechter Entscheidung gegen den Judex geklagt werden konnte, scheint mir Keller, Civilpr. § 86 ohne hinreichenden Beweis anzunehmen.

18) Vgl. Rudorff, Rechtsg. I. § 31. II. § 120.

B. Kaiserzeit.

1. Centralgewalt des Kaisers.

§ 62. Ueber die Natur der kaiserlichen Gewalt giebt ihre Entstehungsgeschichte sichern Aufschluß.

Während beim Beginn der Revolutionszeit der Volkstribun C. Gracchus nur als Führer der Demokratie, gleich Perikles, die entscheidende Staatslenkung angestrebt hatte, erlangten im weiteren Verlauf derselben glückliche Feldherrn, im wechselnden Anschluß an die aristokratische und die demokratische Parthei, mittelst der zuerst von Marius gebildeten Soldateska die Alleinherrschaft. So Sulla, der die aristokratische Republik noch einmal restaurirte; dann Jul. Cäsar, der ihr Opfer ward, nachdem er mit klarstem Bewußtsein auf demokratischer Grundlage die Militärdespotie gegründet hatte. Auch nach ihrer Erneuerung durch August und unter seinen Nachfolgern trug deshalb die Monarchie den Charakter des demokratisch-militärischen Absolutismus, himmelweit verschieden von jenem durch Gesetz und Recht der Bürgerschaft beschränkten idealen Königthum der Urzeit Roms [1]). Hier bildete die Demokratie das unwahrideale, die Militärherrschaft das reale Moment, und wie dieses immer durchschlägt, so war es das Heer, das den Kaiserthron mitgegründet und unter kräftigen Regenten stützte, welches unter schwachen in einer Reihe von Militärrevolutionen ihn von den Juliern an die Flavier, die Antonine und Severe brachte, endlich an den Meistbietenden versteigerte, und das Reich zertrümmert haben würde, wenn nicht zu Ende des dritten Jahrhunderts ein neu eintretendes Princip ihm wieder Bestand verliehen hätte. Charakteristisch für die unzerstörbare Deisidämonie der Römer, selbst in der Zeit frivolster Aufklärung, ist die Vergötterung nicht allein des großen Juliers, sondern auch sei-

1) Der einsichtige Leser wird leicht erkennen, worin ich hier und im Folgenden Mommsen's Anschauungen (röm. Gesch. Bd. 2 u. 3) dankbar benutzt, worin ich von ihm abweiche.

ner nur nicht eben dem Volkshaß verfallenen Nachfolger und die bei Lebzeiten des Kaisers seinem Genius gewidmete göttliche Ehre.

Eine ganz andre Frage ist, welche Rechtsform und welchen Namen man für die neue monarchische Gewalt wählte. Dem historischen Sinn der Römer gemäß mußte an die Ueberlieferung angeknüpft werden. Nun gab es für die höchste gebietende Macht im gesammten römischen Staatsrecht keinen andern Rechtsbegriff als Imperium, das natürlich ein höheres war als das aller andern Magistrate, insbesondre der Consuln, und die ganze Machtfülle des Volkes selbst [2]), wie sie nur je einem Einzelnen ordentlicher oder außerordentlicher Weise übertragen worden, also Civil- und Militär-, Regierungs- und Richtergewalt, ja das Recht der Gesetzgebung selbst [3]) in sich schloß; — und für den Inhaber desselben, da man das republikanische Vorurtheil gegen die Königswürde schonen wollte, keinen passendern Namen als Imperator, den schon Jul. Cäsar annahm, August und alle seine Nachfolger beibehielten [4]). Wenn August dennoch im J. 726 d. St. feierlich die Revolution mit ihren außerordentlichen Gewalten für geschlossen und

2) *Ulp. L. 1. pr. D. de const. Princ.* (1,4). — utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. *Gai.* I. § 5. — cum ipse Imperator per legem imperium accipiat. Am umfassendsten bezeichnet den Inhalt dieser Befugniß die lex de imperio Vespasiani in *Haubold Mon. leg.* p. 223. Quaecumque ex usu rei publicae maiestate divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse censebit, ei agere facere ius potestasque sit. Der folgende Satz, der ihn von gewissen Gesetzen entband (legibus solutus), war danach überflüssig, außer insofern in der Republik auch das Volk sich an das Gesetz gebunden erachtete.

3) S. unten § 67.

4) *Sueton. Iul. Caes.* 76. — praenomen Imperatoris. *Dio. Cass.* 43, 44. 52, 41. 53, 17. *τήν τε τοῦ αὐτοκράτορος πρόσρησιν διαπαντὸς οὐ μόνον οἱ νικήσαντές τινας ἀλλὰ καὶ οἱ ἄλλοι πάντες, πρὸς δήλωσιν τῆς αὐτοτελοῦς σφῶν ἐξουσίας, ἀντὶ τῆς τοῦ βασιλέως τοῦ τε δικτάτωρος ἐπικλήσεως ἔχουσιν.* Es war populare Heuchelei, wenn Tiberius (*Sueton. Tiber.* 26. *Dio Cass.* 57, 2. 8.), und Nachahmung derselben, wenn Claudius (*Sueton. Claud.* 12.) diesen Titel ablehnte; noch Justinian führt ihn.

den Freistaat für wiederhergestellt erklärte[5]) und nur als Vorstimmender im Senat sich Princeps nennen, die populärste aller republikanischen Gewalten, die tribunicia Potestas und das damit verknüpfte Recht der Intercession[6]), unter dem Namen der proconsularis Potestas die Verfügung über die Provinzen[7]), unter dem der Präfectura Morum die wichtigen Befugnisse der Censoren und Andres[8]) sich durch einen Volksschluß übertragen ließ, und diese Farçe bei dem Regierungsantritt jedes durch Adoption oder Usurpation in die Kaiserfamilie eintretenden Nachfolgers wiederholt wurde[9]), so täuschte dieß freilich Niemanden über den Untergang der Freiheit; aber es waren gewohnte Formen, die nun einmal über die Menschen eine gewisse Macht üben.

In diesem Sinn fehlte es denn auch nicht an Titeln, unter denen der Kaiser seine unumschränkte Richtergewalt

5) Cistophorus von 726 (bei Eckhel Doctr.numm.vett. vol.IV. p. 367.) mit der Inschrift: Pax und Imp.Caesar. Divi F. Cos.VI. libertatis P. R.Vindex. *Vell.Paterc.* II. 80. finita vicesimo anno bella civilia — revocata pax — prisca illa et antiqua rei publicae forma revocata *Verrius Flaccus in Fast. Praenest.* 12. Januar. *Imp. Caes. Augustus* tertium ab Romulo et Ianum *clausit.* 13. Januar. Corona querna *uti super ianuam domus Imp. Caes.* Augusti pone*retur Senatus decrevit, quod rem publicam* P. R. restitui*t.* *Ovid. fast.* I. 589. Grabrede auf die Furia, Gemahlin des Q. Lucretius Vespillo zwischen 746—752 d. St. 2, 25. pacato orbe terrarum, restituta re publica. Mommsen, Abh. der K. Akad. d. W. 1863. S. 478. Ausführliches hierüber wird Derselbe zum Monumentum Ancyranum geben.

6) *Tac. Ann.* I. 2. — Caesar (*Octavianus*) ad tuendam plebem tribunicio iure contentum (*se ferens*) *rel.* III. 56. Id summi fastigii vocabulum Augustus repperit, ne regis aut dictatoris nomen adsumeret, ac tamen appellatione aliqua cetera imperia praemineret. *Dio Cass.* 53, 17.

7) Und zwar auch hier mit höherem Imperium als alle Statthalter. *Dio Cass.* 53, 32. *Ulp. L.* 8. *D. de off. Procons.* (1, 16). *L.* 4. *D. de off. Praes.* (1, 18).

8) Vgl. Becker-Marquardt II. 3. S. 299 folg.

9) Ulpian, Gaius in Note 2 und das Bruchstück der lex de imperio Vespasiani in *Haubold Mon. leg. p.* 221 *sqq.* Die Erblichkeit der Kaiserwürde war schon dem Jul. Cäsar zuerkannt (*Dio Cass.* 43, 44. 52, 41.); bei der Kinderlosigkeit römischer Ehen half die Adoption aus und selbst der Usurpator gerirte sich durch Annahme des Namens als zur Familie gehörig.

über alle Classen der Staatsangehörigen in Criminal- und Civilsachen ausübte, abgesehen von seinem censorischen Sittenrichteramt über Senatoren und Ritter [10]) und seine höchste geistliche Richtergewalt als Pontifex maximus [11]).

Vermöge seines Imperiums konnte er in Concurrenz mit allen Magistraten Civil- und Criminalsachen in erster Instanz annehmen und entweder selbst untersuchen und erkennen [12]) oder sie außerordentlichen Commissarien überweisen [13]). Von den einzelnen Kaisern wird es gerühmt, wenn sie persönlich, gleich einem Magistrat, an der Jurisdiction Theil nahmen und Geschick und Sorgfalt darin bewiesen [14]). In der ersten Zeit war es Affectation der Republik, später eine Gunst, die durch Bittschrift (libellus Principi datus, preces, supplicatio) nachgesucht und wohl nur selten gewährt wurde [15]). Ein Fortschritt geregelter Justizverfassung war diese Kabinetsjustiz freilich nicht.

Als ein solcher ist dagegen zu betrachten, daß nun an den Kaiser auf Grund seines höheren Imperiums oder der tribunicia und proconsularis Potestas [16]) von allen Gerichten [17]) in Rom und in den Provinzen in Civil- und Criminalsachen Be-

10) Becker-Marquardt a. a. O. S. 224. Wegen der equites und iudices s. § 65 Note 21—23.

11) *Sueton. Domitian.* 8.

12) *Sueton. Domitian.* 8. extra ordinem nach Fr. A. Wolff's Interpunction.

13) S. unten § 71.

14) *Sueton. Oct.* 33. *Claud.* 14. 15. *Nero* 15. *Domitian.* 8. *Dio Cass.* 53, 21. 57, 7. 60, 4. 69, 7. 71, 6. 76, 17. 77, 17.

15) *L. 92. D. de her. inst.* (28, 5). *Paulus Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex primo:* — Pactum eia Magna supplicavit Imperatores nostros, et cognitione suscepta — Imperator — pronuntiavit *rel. Cod. Iust.* 1, 19. de precibus Imperatori offerendis et de quibus rebus supplicare liceat vel non. 20. quando libellus Principi datus litis contestationem faciat.

16) Diese verschiedenen Titel zu unterscheiden war kein praktischer Grund, daher auch die von *Dio Cassius* 51, 19. *rec. Im. Bekker.* allerdings bezeugte räumliche Beschränkung der tribunicia Potestas auf den ersten Meilenstein von Rom bedeutungslos, der Irrthum von *Sueton. Tib.* 11. verzeihlich ist.

17) *Dio Cass.* 52, 33. Was *Sueton. Calig.* 16. berichtet: magistratibus liberam iurisdictionem et sine sui appellatione concessit, war eine vorübergehende Laune dieses Despoten.

rufung (appellatio) eingelegt und von ihm nicht bloß intercedirt, sondern auch reformatorisch in der Sache selbst erkannt werden konnte. Denn es sollte dieß nicht ein willkührlicher Eingriff in den Rechtsgang aus höchster Machtvollkommenheit sein, sondern ein gesetzlich geregeltes, ordentliches Rechtsmittel [18]), durch welches jedes Urtheil seiner inneren Gerechtigkeit nach einer nochmaligen Prüfung unterworfen wird [19]). Auch blieb dieses neue Princip nicht auf das höchste kaiserliche Gericht beschränkt [20]), sondern wurde durch alle Stufen der Gerichtsordnung in regelmäßigen Instanzen durchgeführt.

Deshalb hat selbst das Verdict des Civilgeschwornen keine absolute Geltung mehr [21]), sondern kann in Folge der Appellation an den Magistrat, der ihn bestellt hat [22]), durch diesen seinen Vorgesetzten berichtigt werden [23]). Von den Untergerichten in den Provinzen soll nicht direct an den Kaiser, sondern zunächst an den Provinzialstatthalter appellirt werden [24]). Auch hat schon August regelmäßig die städtischen Appellationen,

18) Jeden Falls schon durch August, wahrscheinlich durch seine leges iudiciariae begründet, wurde sie später durch kaiserliche Rescripte und in der Jurisprudenz (Macer, Marcian, Ulpian und Paulus schrieben de appellationibus) weiter ausgebildet.

19) *L. 1. pr. D. de app.* (49, 1). Appellandi usus — cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam re corrigat. *L. 17. D. de min.* (4, 4). appellatio iniquitatis sententiae querelam — continet.

20) Ausgangs- und Zielpunkt aller Appellation ist der Kaiser. *Ulp. L. 1. § 1. D. a quib. app.* (49, 2). Et quidem stultum est admonere, a Principe appellare fas non esse, cum ipse sit, qui provocatur. Der neue Sprachgebrauch provocare = appellare rührt daher, daß in Criminalsachen die provocatio römischer Bürger statt an das Volk an den Kaiser ging. *Paul.* V. 26. § 1. *L. 7. D. ad leg. Iul. de vi publ.* (48, 6). *Acta Ap.* 25, 10. 26, 32.

21) *L. 23. pr. § 1. D. de app.* (49, 1). *L. 2. D. a quib. app.* (49, 2). *L. 9. D. qui satisdare* (2, 8).

22) *L. 3. L. 1. pr. D. quis a quo* (49, 3). *L. 1. § 3. L. 21. § 1. D. de app.* (49, 1). *L. 122. § 5. D. de verb. obl.* (45, 1).

23) *Incert. auctor de magistratibus ed. Huschke p.* 2. Praetores urbani qui legibus moderandis et iudicum sententiis corrigendis in urbe praeerant. Ueber die Aechtheit und Glaubwürdigkeit dieses Auctor s. Huschke p. XI und Böcking Not. dign. Occ. p. 425*.

24) *L. 21. pr. D. de app.* (49, 1). ex imo ordine ad Praesides. *cf. L. 1. §§ 3. 4. D. quando appellandum* (49, 4).

also z. B. vom Prätor, dem mit höchster Polizeigewalt über die Stadt betrauten Praefectus urbi, die aus den Provinzen einzelnen Consularen delegirt[25]), an deren Stelle später, wie es scheint, die beiden Befehlshaber der kaiserlichen Garde, die Praefecti praetorio, als höchste dem Kaiser zur Seite stehende Reichsbeamte traten[26]). Dieß sind die stehenden kaiserlichen Appellationsgerichte (auditoria sacra), die schon zu Anfang des dritten Jahrhunderts in Rom erwähnt werden[27]) und deren Vorstände an Stelle des Kaisers (vice sua, vice sacra)[28]), erkennen, ohne jedoch weder dessen concurrirende Cognition[29]) noch die nochmalige Appellation von ihrem Urtheilsspruch an ihn auszuschließen[30]). Außerdem war der Anhäufung der Appellationssachen in der höchsten Instanz durch eine Appellationssumme und durch Succumbenzgelder vorgebeugt[31]).

25) *Sueton. Octavian.* 33. *Dio Cass.* 52, 21. 33. *L.* 38. *pr. D. de min.* (4, 4). Civilappellation an den Senat statt an den Kaiser wurde von diesem aus liberaler Courtoisie öfter zugelassen. *Sueton. Nero* 17. *Tac. Ann.* XIV. 28. *Capitolin. Marc.* 10. *Vopisc. Prob.* 13. Vgl. *Plin. Ep.* IV. 12.

26) Nur durch kaiserliche Delegation können sie Richter in Civilsachen sein. *L. 3. § 3. D. de usuris* (22, 1). *L. 40. D. de reb. creditis* (12, 1). Unter K. Tacitus wurden alle Appellationen dem Präfectus urbi delegirt. *Vopiscus Flor.* 5. 6.

27) *Censorin. de die nat.* 4. Omnia nostrarum provinciarum tribunalia, omnes Praesides —: urbs Roma et auditoria sacra.

28) *L. 18. § 3. D. de min.* (4, 4). *Ulp.* — post sententiam vice sua ex appellatione dictam. *L. 3. C. si advers. rem iud.* (2, 27). *Phil.* Adversus sententiam eius, qui tunc vice Principis iudicavit. *Orelli Inscr.* 3183. (a. 232—34.) cognoscenti ad sacras appellationes. Die Appellationsgerichtbarkeit des Präfectus urbi war nicht Bestandtheil seiner gewöhnlichen Amtsgewalt, sondern beruhte auf besondrer kaiserlicher Delegation und ist deshalb stets vice sacra. Anders Becker-Marquardt, röm. Alterth. II. 3. Note 1227.

29) Appellationen vom Praefectus annonae *L. 8. D. quod cum eo* (14, 5), Proconsul Achaiae *L. 81. D. ad SC. Treb.* (36, 1), Praeses provinciae *L. 74. D. eod.*, ex Germania *L. 48. D. de cond. et dem.* (35, 1), Procurator Caesaris *L. 20. D. de quaest.* (48, 18) werden nach wie vor auch vom Kaiser selbst angenommen.

30) So vom Praefectus urbi *L. 38. pr. D. de min.* (4, 4). *Paul.* Der Praefectus praetorio wurde erst in späterer Zeit inappellabel. *L. 17. eod. Hermog. L. 1. § 1. D. de off. Praef. praet.* (1, 11). *Arcad. Charis.*

31) *L. 10. § 1. D. de app.* (49, 1). *Tac. Ann.* XIV. 28.

Das Gericht des Kaisers selbst nahm allmälig eine bestimmtere Form an. Anfangs hörte er die Rechtsuchenden bald nach republikanischer Sitte auf dem Forum und Tribunal, bald im kaiserlichen Palast [32]). Seit M. Aurel war in diesem eine eigene Halle (auditorium Principis) [33]) und die Morgenstunde nach der Salutatio [34]) den gerichtlichen Verhandlungen bestimmt. Dabei zog er nach altrömischer Sitte ein Consilium zu [35]), dessen Mitglieder er vorzugsweise aus dem engern zur Vorberathung der Senatssachen bestimmten Staatsrath [36]), aber auch sonst aus hohen Reichsbeamten [37]) und angesehenen Juristen [38]) wählte. Von deren freier Deliberation in Gegenwart des Kaisers geben mehrere Zeugnisse unsrer Rechtsquellen uns ein anschauliches Bild [39]).

32) *Sueton. Octav.* 33. Ipse ius dixit assidue et in noctem nonnunquam: si parum corpore valeret, lectica pro tribunali collocata vel etiam domi cubans. Tiber ließ sich ein eignes Tribunal auf dem Forum errichten. *Dio. Cass.* 57, 7. Ferner s. *Sueton. Claud.* 15. *Domitian.* 8. Von Hadrian *Dio Cass.* 69, 7. *ἐδίκαζε — τοτὲ μὲν ἐν τῷ παλατίῳ, τοτὲ δὲ ἐν τῇ ἀγορᾷ τῷ τε πανθείῳ καὶ ἄλλοθε.*

33) *L.* 22. *D. ad SC. Trebell.* (36, 1). *L. 1. D. an per alium* (49, 9). *L. 18. § 1. D. de min.* (4, 4). Sept. Severus ließ an der Decke dieser Halle die Gestirne abbilden, unter denen er geboren war. *Dio Cass.* 76, 11.

34) *L. 1. C. de sent. passis* (9, 51). *Ant. Caracalla.* cum salutatus esset a — Praefectis Praetorio — item amicis et principalibus officiorum et utriusque ordinis viris et processisset *rel. cf. Gell.* XX. 1, 2. in area Palatina, cum salutationem Caesaris opperiremur.

35) *Inscr. L. 6. C. de usuc. pro emptore* (7, 26), ein Stück Protokoll des kaiserlichen Gerichts, sagt: Philippus A. cum consilio collocutus dixit *rel.*

36) Ueber diesen vgl. *Haubold de consistorio Principum spec.* 1. in *Opusc.* I. *p.* 187. *sqq.* Becker-Marquardt II. 3. S. 230 folg. Daß August aus ihm seine Gerichtsbeisitzer nahm, sagt *Dio Cass.* 53, 21. *καὶ ἐδίκαζε μετ' αὐτῶν.*

37) *Spartian. Hadr.* 8. 22. *Dio Cass.* 69, 7. *ἐδίκαζε μετὰ τῶν πρώτων. Capitolin. Marc.* 11. Habuit secum Praefectos (*praetorio, urbi?*), quorum auctoritate et periculo (*cf. Cic. Verr.* III. 79. pericula magistratuum. *Cod. Iust.* 7, 44. de sententiis ex periculo recitandis) iura dictavit.

38) *Spartian. Hadr.* 18. *Capitolin. Marc.* 11. *L. 30. pr. D. de excus.* (27, 1). *L. 11. § 2. D. de min.* (4, 4).

39) *L. 38. pr. D. de min.* (4, 4). *L. 8. D. quod cum eo* (14, 5). *L. 74. fin. D. ad SC. Treb.* (36, 1). *L. 97. D. de acq. her.* (29, 2). *L. 50. D. de iure fisci* (49, 14). Vgl. *Dio Cass.* 76. 17. (*Sept. Severus*) *καὶ ἡμῖν τοῖς συνδικά-*

Eine dritte Form, wie der Kaiser nicht bloß in die Verwaltung, sondern auch in die Rechtspflege eingriff, sind die Rescripte (epistolae, rescripta), durch welche er auf Anfrage eines Beamten (consultatio, relatio)[40]) oder auf die Bitte einer Parthei (libellus) unter Verweisung der Sache an die competente Behörde[41]) die Grundsätze aussprach, nach denen zu verfahren und zu entscheiden sei. An sich ein nicht unbedenklicher Eingriff in den Rechtsgang, war es dennoch auch ein Mittel, Einheit in der Rechtspflege des ungeheuren Reichs zu erhalten. Auch zeigen die in großer Zahl auf uns gekommenen Rescripte, daß in den kaiserlichen Kanzleien, in denen sie ausgefertigt wurden (scrinium epistolarum und libellorum)[42]), sich eine achtbare Tradition classischer Jurisprudenz und eines entsprechenden Ausdrucks bis zu Ende dieser Periode erhalten hat[43]).

Endlich war jetzt auch durch Beschwerde im Administrationswege eher Hülfe beim Kaiser[44]), durch Repetundenklage beim Senat zu gewärtigen[45]), so daß im Ganzen für die Unterthanen, was an Freiheit verloren gegangen, durch den Gewinn an Ordnung und Gerechtigkeit reichlich ersetzt war. Die Stellung sämmtlicher Behörden aber war durch die Abhängigkeit von der Centralgewalt des Kaisers wesentlich verändert.

ζουσιν αὐτῷ παῤῥησίαν πολλὴν ἐδίδου.

40) Das zehnte Buch der Briefe des jüngern Plinius enthält seine Anfragen als Statthalter von Bithynien und die Antworten des K. Trajan.

41) Unzählige Rescripte der Art enthalten die älteren Sammlungen und der Justinianische Codex.

42) Ursprünglich nur aus Freigelassenen des Kaisers gebildet; Hadrian, eine durchaus moderne Natur, auch seit Scipio Africanus bis auf Trajan wieder der erste bärtige Fürst, der überhaupt den Hofhalt ordnete, wie er mit wenigen Aenderungen später blieb (*Aurel. Victor. epit.* 14.), besetzte zuerst die Kanzlei mit Rittern. Walter Rechtsg. § 276 Note 100 folg.

43) So selbst die zahlreichen Rescripte von Diocletian, von dem ja auch noch respectable Baudenkmale herrühren; erst mit Constantin bricht die Barbarei herein.

44) Namentlich durch Gesandtschaften der Städte oder ganzer Provinzen. S. Becker-Marquardt röm. Alterth. III. 1. S. 274 folg.

45) Fälle bei Rudorff Rechtsg. II. § 120 Anm. Nr. 13—16. Becker-Marquardt a. a. O. II. 3. Note 865.

2. Rom und Italien.

§ 63. Die republikanischen Magistraturen, die bis dahin im Mittelpunkt des Reichs an der Spitze der Staatsverwaltung gestanden, wurden zwar nicht aufgehoben, verloren aber diese ihre politische Bedeutung völlig. Dennoch wurden sie als eitle Staatswürden und als Weg zu einer Provinzialverwaltung zu gelangen in der alten Reihenfolge eifrig gesucht, nicht durch Gunst des Volkes, sondern auf Empfehlung des Kaisers [1]) durch die seit Tiber entscheidende Designation des Senates [2]).

Nur die beiden Prätoren, der Prätor urbanus und der Prätor peregrinus, behaupteten ihre alte Bedeutung als ordentliche Gerichtsinstanz in Civilsachen für die ungeheure in vielen Stücken noch immer privilegirte Hauptstadt [3]), freilich mit geminderter Selbständigkeit durch die Appellation an den Präfectus Urbi [4]). Neu ist die Bestimmung der Lex Julia Judiciorum (privatorum), daß die Partheien nach Uebereinkunft, also ohne Rücksicht auf ihren Stand, den Einen und Andern angehen können [5]); und nachdem Caracalla allen Einwohnern des römischen Reichs die Civität ertheilt hatte, mußte der Prätor peregrinus wegfallen [6]). Auch die curulischen Aedilen, obgleich ihr Amt durch neue kaiserliche Beamte sehr reducirt war und endlich ganz einging, scheinen bis dahin ihre beschränkte Jurisdiction in Civilsachen geübt zu haben [7]).

Daneben aber wurden einzelne Zweige der bürgerlichen

1) Die lex de imperio übertrug dieß Recht der commendatio jedem Kaiser ausdrücklich. *Lex de imp. Vesp. Haubold Mon. leg. p.* 222. Zu Anfang des dritten Jahrhunderts wird sie geradezu als Ernennung bezeichnet. *L. 1. D. ad leg. Jul. amb.* (48, 14). *Modestin. L. 57. D. de re iud.* (42, 1). *Ulp.*

2) *Tac. Ann.* I, 16. — e campo comitia ad Patres translata. Vgl. Becker-Marquardt röm. Alterth. II. 3. S. 202 folg.

3) *Gai.* I. § 6.

4) S. § 62 Note 21.

5) *L. 2. § 1. D. de iudiciis* (5, 1).

6) Unter M. Aurel kommt er noch in Inschriften vor. *Orelli-Henzen Nr.* 5480. 6502.

7) *Gai. cit.* Vgl. Becker-Marquardt a. a. O. S. 252.

Rechtspflege sonst müßigen Würdenträgern, um sie nützlich zu beschäftigen, ziemlich willkührlich und wechselnd übertragen.

So gab K. Claudius den Consuln, die noch immer die höchste Würde, aber ohne Macht bekleideten, das unschuldige Waisenamt, die Bestellung von Vormündern [8]). Auch erscheinen sie in den Quellen dieser Zeit als Richter in größern Fideicommiß- [9]) und einigen andern Civilsachen [10]), theils selbst erkennend [11]), theils mit Geschwornen [12]). Immer war ihr Verfahren, weil nicht der alten Gerichtsordnung angehörig, extra ordinem [13]).

Die Zahl der Prätoren wurde, um dem Ehrgeiz der Bewerber zu genügen, bis auf achtzehn vermehrt [14]), und Einzelnen derselben, um sie zu beschäftigen, Specialjurisdictionen überwiesen. So bestellte K. Claudius zwei für kleinere Fideicommißsachen, von denen Titus einen wieder aufhob [15]); Nerva einen für Fiscalklagen [16]), M. Aurel einen dritten, den Prätor tutelaris, für Vormundschaftssachen [17]). Von den übrigen Prätoren hatten zwar immer noch Einige als Vor-

8) *Sueton. Claud.* 22. Sanxit, ut pupillis extra ordinem tutores a Consulibus darentur. *Plin. Ep.* IX. 13. *Capitolin. Marc.* 11. Note 17.

9) *Gai.* II. § 278. *Ulp.* XXV. 12. *L. 3. D. de al. leg.* (34, 1). *Quintil. Inst. or.* III. 6, 70.

10) Ob alle die, deren Ulpian de officio Consulis gedenkt, steht dahin. S. Rudorff Rechtsg. II. § 4 Note 4—6.

11) *Ulp. cit.* Note 9. cognitio — Consulum. *Gell.* XIII. 25, 2. Consulem — pro tribunali cognoscentem.

12) *Gell.* XII. 13, 1. a Consulibus extra ordinem iudex datus. *cf.* XIV. 2, 1.

13) *Sueton. cit.* Note 8. *Gell. cit.* Note 12.

14) *Pompon. L. 2. § 32. D. de or. iur.* (1, 2). Becker-Marquardt röm. Alterth. II. 3. S. 261 folg.

15) *Pompon. cit. Gai.*, *Ulpian.* und *Quintil.* in Note 9. Die Lesart Praetor fideicommissarius bei Ulpian wird bestätigt durch *Orelli-Henzen* 6457.

16) *Pompon. cit. cf. Plin. Panegyr.* 36.

17) *Capitolin. Marc.* 11. Praetorem tutelarem primus fecit, quum ante tutores a Consulibus poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur. *Orelli-Henzen* 6485. cui primo iurisdictio pupillaris a sacratissimis Imperatoribus (*sc. M. Aurelio et L. Vero*) mandata est. Ulpian und Paulus de officio Praetoris tutelaris. *Fr. Vat.* §§ 173. 232. 244. 247. *L. 3. L. 5. L. 6. § 13. L. 9. D. de excus.* (27, 1). Die Beschränkung des Amtes, die Rudorff cit. Note 11 annimmt, scheint mir willkührlich.

stände der quaestiones publicae dem Namen nach die Verwaltung der hohen Criminaljustiz in Rom und Italien [18]). In Wahrheit aber ging diese je länger je mehr in der Hauptstadt und ihrem Polizeirayon von hundert Meilen auf den Präfectus Urbi [19]), im übrigen Italien auf den Präfectus Prätorio über [20]). Allen Prätoren, auch den ganz unbeschäftigten, hatte schon August, an Stelle der Aedilen, die lästige Pflicht auferlegt, die öffentlichen Spiele auf ihre Kosten zu besorgen [21]).

Die neuen kaiserlichen Stadtbeamten hatten nur einen geringen und zufälligen Antheil an der bürgerlichen Rechtspflege erster Instanz, nehmlich insofern Civilansprüche mit den Gegenständen ihrer eigentlichen Competenz connex waren. So erkennt der Präfectus Urbi, dem August die gesammte, für den Staat so wichtige Polizeiverwaltung der Hauptstadt und die davon unzertrennliche höchste Strafgewalt übertragen [22]), über Klagen der Sklaven gegen ihre Herren, der Freigelassenen gegen ihre Patrone [23]), die der Prätor iure ordinario gar nicht annehmen konnte; desgleichen über Civilansprüche aus gewaltsamen Besitzstörungen [24]) und andere [25]), und er kann in solchen Sachen auch Geschworne bestellen [26]). Der Präfectus

18) Rudorff Rechtsg. II. § 102 Note 29.

19) *Tac. Ann.* XIV. 41. (unter Nero). Pari ignominia Valerius Ponticus afficitur, quod reos, ne apud Praefectum urbis arguerentur, ad Praetorem detulisset, interim specie legum, mox praevaricando ultionem elusurus. *Ulp. L. 1. pr. D. de off. Praef. urbi* (1, 12). Omnia omnino crimina Praefectura urbis sibi vindicavit. *L. 1. § 4. eod. Coll.* XIV. 3. *Dio Cass.* 52, 21.

20) *Ulp. Coll.* XIV. 3.

21) *Tac. Agric.* 6. Idem praeturae tenor et silentium: nec enim iurisdictio obvenerat. Ludos et inania honoris *rel. Dio Cass.* 54, 2. 55, 31.

22) *Tac. Ann.* VI. 11. *Sueton. Oct.* 37. *Dio Cass.* 54, 6. *Dig.* 1, 12. *de officio Praefecti Urbi.*

23) *L. 1. §§ 1. 2. 8. 10. D. tit. cit.* Die Masse der Sklaven (*Tac. cit.* qui coërceret servitia) und Freigelassenen beschäftigte die Polizei vorzugsweise.

24) *L. 1. § 6. D. tit. cit.* Sed et ex interdictis Quod vi aut clam aut interdicto Unde vi audire potest.

25) Die Aufsicht über die Vormünder (*L. 1. § 7. t. c.*), die Wechsler (*L. 1. § 9. L. 2. t. c.*), den Fleischmarkt (*L. 1. § 11. t. c.*) konnten auch damit zusammenhängende Civilsachen (*L. 2. cit.* et in pecuniariis causis) vor ihn bringen,

26) *L. 3. D. tit. cit.* iubere iudicare.

Annonae, der für den Unterhalt der Hauptstadt zu sorgen hat[27]), erkennt in damit zusammenhängenden Strafsachen[28]) und Streitigkeiten der Kornhändler und Rheder[29]); der Präfectus Vigilum, der die nächtliche Ruhe der Hauptstadt gegen Raub und Brand schützt[30]) und dahin einschlagende Verbrechen leichterer Art straft[31]), über den concurrirenden Schadensersatz[32]).

§ 64. Unter Leitung der beiden zuerst genannten Prätoren lag der eigentliche Betrieb der Civilrechtspflege in der Hand der zahlreichen Geschwornencollegien, deren neuer Organisation daher August besondere Sorgfalt zuwandte.

Von den beiden uralten ständigen Geschwornengerichten, den Decemvirn und Centumvirn, erscheinen die Erstern fortan nicht mehr als ein selbständig erkennendes Gericht mit eigenthümlicher Competenz[1]), sondern nur noch als Vorstand des Centumviralgerichts, dessen Einberufung (centumviralem hastam cogere) an Stelle der gewesenen Quästoren, die dieß Geschäft bis dahin gehabt, ihnen August übertrug[2]). Sonst bilden sie nach wie vor die unterste Stufe in der Reihe der Magistraturen[3]).

Das Centumviralgericht selbst besteht jetzt aus 180 Mitgliedern[4]), wir wissen nicht wie und aus welchen Classen

27) *Dio Cass.* 54, 17.

28) *L. 3. § 2. D. ad leg. Iul. de ann.* (48, 12). *L. 13. D. de accus.* (48, 2).

29) *L. 8. D. quod cum eo* (14, 5). *L. 1. § 18. D. de exerc. act.* (14, 1).

30) *Dio Cass.* 55, 26. *Dig.* 1, 15. *de officio Praefecti Vigilum.*

31) *L. 3. §§ 1. 2. 5. L. 4. D. tit. cit. L. 15. D. de cond. causa data* (12, 4).

32) *L. 56. § 1. D. de furtis* (47, 2). Vgl. noch *Lis fullonum.* Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. XV. S. 254 folg.

1) S. oben § 23 Note 11, § 56 Note 9.

2) *Sueton. Oct.* 36. — ut centumviralem hastam, quam Quaestura functi consuerant cogere, Decemviri cogerent. *Quintil. Inst. or.* XII. 5, 6. cum — quattuor iudicia, ut moris est, cogerentur.

3) *Dio Cass.* 54, 26. zählt zu den 20, früher 26 in den Tributcomitien gewählten niedern Magistraten *οἱ δέκα οἱ ἐπὶ τῶν δικαστηρίων τῶν ἐς τοὺς ἑκατὸν ἄνδρας κληρουμένων ἀποδεικνύμενοι.* Unter Trajan begann der jüngere Plinius (*Orelli Inscr.* 6172), eben damals Hadrian (*Spart. Hadr.* 2.) mit diesem Amte seine Beamtencarriere, und so später Andere. Vgl. Becker-Marquardt, röm. Alterth. II. 3. S. 267.

4) *Plin. Ep.* VI. 33, 3. Se-

der Bürger gewählt[5]), und ist in vier Sectionen (consilia, iudicia, tribunalia, hastae) getheilt. Wahrscheinlich gehört auch diese Einrichtung zu der neuen Organisation des Gerichts durch August[6]); ihre Bedeutung aber ist nicht außer Zweifel[7]). Man hat angenommen, das Gericht habe sich nur zum Behuf der Abstimmung vorübergehend in Consilia getheilt[8]), oder es sei von dem Urtheil einer Section an zwei und zuletzt an alle vier zum Behuf nochmaliger Prüfung derselben Sache Berufung eingelegt worden[9]), beides ohne Unterstützung der Quellen. Da es feststeht, daß regelmäßig vor den verschiedenen Consilien zwar gleichzeitig und in Einem Gerichtshause, aber in getrennten Sitzungen verhandelt[10]) und von jedem selbständig und definitiv entschieden wurde[11]), so ist wohl das Wahrscheinlichste, der zahlreiche Gerichtshof, dessen vollständige Versammlung als Reprä-

debant iudices centum et octoginta: tot enim quattuor consiliis conscribuntur. Anders Puchta cit. in Note 7.

5) Schwerlich aus den Tribus, zu denen jene Zahl in keinem Verhältniß steht. Nach *Dio Cass. cit.* Note 3 möchte man glauben, daß die Centumvirn aus den allgemeinen Richtercollegien (decuriae iudicum) durch Loos gewählt wurden. Der Eintritt war eine Bürgerpflicht, der auch der frivole Dichter nicht entging. *Ovid. Trist.* II. v. 98.

6) Die Erwähnung in dem Fall des Miles (*Cic. de or.* I. 38. 57.) bei *Val. Max.* VII. 7, 1. halte ich mit Keller und Rudorff cit. Note 7 für einen Anachronismus. Anders Zimmern und Huschke cit.

7) Heffter, Rhein. Mus. für Jurispr. II. S. 112 folg. Zimmern, Rechtsg. III. §15. Zumpt, Abh. der K. Akad. der W. 1837. Huschke in Richter's krit. Jahrb. Jahrg. 3. Bd. V. S. 483 folg. Puchta, Instit. § 153 (III. S. 28) Keller, Civilpr. § 6 S. 21. Rudorff, Rechtsg. II. § 2 S. 32. Ich folge der durch Keller verbesserten Ansicht von Zimmern.

8) Heffter cit., dessen Ansicht durch *Val. Max.* VII. 7, 1. omnibus non solum consiliis, sed etiam sententiis superior discessit, begünstigt wird; aber s. Note 6. 17.

9) Huschke cit. Für dieß Verfahren fehlt jeder Beweis.

10) Quintilian bei *Plin. Ep.* II. 14, 10 *sq.* und *Inst. or.* XII. 5, 6. Aus beiden Erzählungen ergiebt sich, daß wenn, wie gewöhnlich, die vier Consilia in den verschiedenen Hallen der Basilica Julia, wahrscheinlich nur durch Vela getrennt, ihre Sitzungen hielten und vor ihnen plädirt wurde, der Beifallruf des Publikums aus der einen in die andre hinüberschallte, ja daß ein Redner von besonders starkem Organ in allen vieren gehört, verstanden und applaudirt werden konnte. *cf. Plin.* II. 14, 5. ex iudicio in iudicium — transitur.

11) *L. 76. pr. D. de leg.* 2 (31). *L. 15. § 2. L. 24. D. de inoff. test.* (5, 2). s. Note 15.

sentation des Volkes nicht mehr geboten war, sei von August bleibend[12]) in mehrere Sectionen getheilt worden, um ihn durch Theilung der Arbeit für die namhafte, ihm ausschließlich überwiesene Competenz[13]) recht nutzbar zu machen[14]). Regelmäßig also beschäftigten sich die verschiedenen Consilia mit ganz verschiedenen Rechtssachen und von einem Einfluß der einen auf die andre konnte keine Rede sein. Ja selbst mehrere auf demselben Grunde (eadem causa) ruhende Klagen Eines Klägers gegen verschiedene Beklagte, insbesondre die Querela inofficiosi Testamenti eines Pflichttheilsberechtigten gegen mehrere eingesetzte Erben[15]), wurde verschiedenen Consilien überwiesen, und das bereits gefällte Urtheil des einen band das andre nicht[16]). Es konnten jedoch in diesem Fall die zwei, drei oder vier Consilia sich vereinigen, um gemeinsam alle Redner zu hören und dann jedes für sich das Urtheil zu fällen[17]), was nicht bloß der

12) Wie Puchta cit., der sonst der Ansicht von Zimmern folgt, dennoch eine jedesmalige Bildung der Consilia durch die Decemvirn annehmen kann, verstehe ich nicht.

13) S. Note 19—28.

14) Huschke cit. S. 485: „um durch Vervielfältigung der Richterbehörden der Masse der Prozesse zuvorzukommen."

15) *L. 24. D. de inoff. test.* (5, 2). *Ulp.* nennt dieß una eademque causa, auch wenn heredes scripti diversi iuris fuerunt.

16) *Quintilian. Inst. or.* V. 2, 1. als Beispiel eines factischen Präjudizes: cum de eadem causa pronuntiatum est, ut in — assertione secunda (*L. 25. § 1. D. de lib. causa* (40, 12). *L. 1. pr. C. Iust. de assert. toll.* 7. 17.) et partibus centumviralium, quae in duas hastas divisae sunt (*cf. L. 76. pr. D. de leg.* 2. (31). — divisis tribunalibus) und XI. 1, 78. eandem causam (*cf.* III. 10, 3.) — si apud alios iudices agetur, ut in secunda assertione aut in centumviralibus iudiciis duplicibus (= *divisis tribunalibus*) parte victa, wo Quintilian dem Redner empfiehlt, die Richter, die zuerst erkannt haben, im zweiten Plaidoyer vor einem andern Consilium glimpflich zu behandeln, das erste Urtheil durch sachliche Gründe zu beseitigen, weil sonst diese Richter geneigt sein könnten, das Ansehen der Erstern aufrecht zu erhalten, während er offenbar voraussetzt, daß sie rechtlich nicht daran gebunden sind. Daher bei der querela inofficiosi der verschiedene Erfolg. *L. 76. pr. cit. L. 15. § 2. L. 24. D. de inoff. test.* (5, 2). *L. 13. C. Iust. eod.* (3, 28).

17) *Plin. Ep.* VI. 33, 3. beschreibt erst sein Plaidoyer vor dem Plenum, und dann den Erfolg durch die Urtheile der verschiedenen Consilia: Sedebant centum et octoginta iudices: tot enim quattuor consiliis conscribuntur; ingens utrimque advo-

Zeit- und Kostenersparniß wegen, sondern auch deshalb geschah, um widersprechende Urtheile, die rechtlich möglich, aber dem Ansehn des Gerichts schädlich waren, thatsächlich durch die gemeinsame Grundlage Eines Plaidoyers möglichst zu verhüten. Gerade bei der Querela inofficiosi, einem Hauptgegenstand der Centumviralgerichtbarkeit, wird eine solche vereinigte Sitzung aller vier Consilia (quadruplex iudicium) öfter erwähnt und als ein besonders glänzender Schauplatz gerichtlicher Beredtsamkeit hervorgehoben [18]).

Der Geschäftskreis des Centumviralgerichts umfaßt auch jetzt nur Vindicationen, die vor dem Prätor urbanus oder dem Prätor peregrinus per legis actionem sacramenti instruirt werden [19]). Ausdrücklich werden aber nur noch Erbschaftsklagen erwähnt [20]), ja diese und Centumviralsachen werden fast als gleichbedeutend bezeichnet [21]). Da überdieß die Wette (spon-

catio *rel.* — Secutus est varius eventus: nam duobus consiliis vicimus, totidem victi sumus. — Victa est noverca, ipsa heres ex parte sexta. Victus Suberinus, qui exheredatus a patre singulari impudentia alieni patris (*sc. vitrici*) bona (keines Falls omnia, da seine Mutter 1/6 vindicirte) vindicabat. Die andern heredes scripti, die für ihren Antheil gesiegt hatten, erwähnt Plinius nicht, da er ja nur den Erfolg seiner glänzenden Rede dem Freunde mittheilen will. Heffter's Auslegung der Worte: nam duobus consiliis *rel.* ist eine äußerst künstliche. Der Miles hatte nach *Val. Max.* VII. 7, 1 in Note 8 omnibus consiliis, also gegen alle heredes scripti, und überdieß mit allen Stimmen gesiegt.

18) *Plin. Ep.* I. 18. IV. 24. Daß weder ein vereinigtes duplex noch triplex iudicium erwähnt wird, ist zufällig.

19) *Gai.* IV. § 31. cum ad centumviros itur, ante lege agitur apud Praetorem urbanum vel peregrinum. Entweder die Partheien hatten die Wahl zwischen beiden Prätoren (s. oben § 63 Note 5) oder Einem von Beiden waren die Centumviralsachen als provincia überwiesen. S. unten Note 30. Daß ein Peregrine mit der sacramenti in rem actio, der alten vindicatio (*cf. Gell.* XX. 10, 1), vor den Centumvirn auftreten konnte, ist nicht wohl denkbar.

20) Außer den schon angeführten oder noch anzuführenden Stellen s. *Plin. Ep.* V. 1, 7. *Quintil.* III. 10, 3. IV. 2, 5. VII. 2, 5. *Dial. de orat.* 38. *Paul. lib. sing.* de septemviralibus (*l. centumviralibus*) iudiciis *LL. 7. 28. 31. D. de inoff. test.* (5, 2). *L. 13. L. 17. eod. L. 4. C. Iust. de lib. praet.* (6, 28).

21) *Paul.* IV. 16, 2. *Hieronym. Ep. ad Dom.* 50. hereditariae vel centumvirales causae. *L. 12. pr. C. Iust. de pet. her.* (3, 31).

sio), die durch Sacramentum bestellt und eingeklagt wird, stets die größere von 500 As oder 125 Sesterzen ist[22]), wie sie schon die Zwölf Tafeln für Sachen über 1000 As vorgeschrieben[23]), so wird es sehr wahrscheinlich, daß August in der Lex Julia (iudiciorum privatorum) die Anwendung der legis actio sacramenti[24]) und damit zugleich die Competenz der Centumvirn auf größere Vindicationen, vielleicht auf Erbschaftssachen, beschränkt habe. Insbesondere die querela inofficiosi testamenti, die ja aus der Jurisprudenz der Centumvirn entsprungen war, gehörte wahrscheinlich in Rom zu ihrer ausschließenden Competenz, in den Provinzen zu der des Provinzialstatthalters; dem gewöhnlichen Geschwornen (unus iudex) konnte die freie Beurtheilung der Pietät oder Impietät, auf die es dabei ankam, und die Cassation eines an sich gültigen Testaments nicht überlassen werden[25]). Einzelne dieser Sachen mochten immerhin dem eitlen Redner gering scheinen[26]), im Ganzen waren sie bedeutend genug, um jetzt, wo politische Leidenschaft weder in Criminalprozessen noch auf den Rostren laut werden durfte, das Centumviralgericht zum Hauptkampfplatz rhetorischer Talente zu machen[27]) und so zahlreich, daß Vespasian eine eigene Justizcommission zur Erledigung der Reste niedersetzte[28]).

Die Sitzungen fanden nach der veränderten Sitte der Zeit nicht mehr auf öffentlichem Marktplatz (forum), sondern auf

22) *Gai.* IV. § 95. Ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem; sacramento enim reum provocamus: eaque sponsio sestertiorum CXXV nummorum fit. Vgl. unten § 88.

23) S. oben § 37 Note 7.

24) *Gai.* § 30. duas Iulias. *cf.* § 31 Note 19.

25) Fast alle bisher angeführten Stellen gehen hierauf; von der freien Beurtheilung und dem unsichern Erfolg sprechen alle Bestimmungen über die Querel. Welche Formula hätte auch einem Judex dafür gegeben werden können?

26) *Plin. Ep.* II. 24,1. pleraeque parvae et exiles. Raro incidit vel personarum claritate vel negotii magnitudine insignis. Die jüngeren, heranstrebenden Talente mochten ihn verdrießen und ließen ihn auf den Rückzug denken. — Vgl. Wetzell, der röm. Vindicationsprozeß S. 75 folg., der die Competenz der Centumvirn auf Sachen von 100,000 Sesterzen und mehr bestimmt.

27) *Dial. de orat.* 38. *Quintilian.*, *Plin. Ep. passim.*

28) *Sueton. Vesp.* 10.

erhöhten Sitzen (tribunalia) in der Basilica Julia statt, die jedoch auch für eine zahlreiche Zuhörerschaft, mit Einschluß der von den Rednern bezahlten Claqueurs, Raum bot [29]. Den Vorsitz hatte, wie es scheint, ein mit den Centumviralsachen beauftragter Prätor unter Mitwirkung der Decemvirn [30]), mit der Befugniß im Fall der Stimmengleichheit durch sein Urtheil für die ihm billiger scheinende Ansicht zu entscheiden [31]). Die Appellation vom Urtheil des Gerichtshofes aber ging nicht wie bei den Einzelngeschwornen an ihn, sondern an den Kaiser [32]). Zur Feierlichkeit der Sitzungen, auch der einzelnen Consilia, gehörte noch immer die Aufpflanzung des alten Symbols der Hasta [33]).

§ 65. Auch Collegien der Einzelgeschwornen für Civilsachen ordnete August an, im Anschluß an die schon unter der Republik bestehende Einrichtung der Criminalgeschwornen [1]). Für diese waren zum Behuf der quaestiones perpetuae Geschwornenlisten (iudices selecti) aufgestellt worden. Das Recht in dieselben gewählt zu werden hatte zwischen den Senatoren und Rittern geschwankt, war dann durch die Lex Au-

29) *Quintil. Inst. or.* XII. 5. 6. in basilica Iulia primo tribunali — ex quattuor tribunalibus. *Plin. Ep.* II. 14, 4. 8. IV. 16, 1. V. 21, 1. VI. 33, 4.

30) *Plin. Ep.* V. 21, 2. Sedebant iudices, Decemviri venerant, obversabantur advocati: silentium longum, tandem a Praetore nuntius, dimittuntur Centumviri. Offenbar wird die Gegenwart des Prätors zur Eröffnung der Sitzung erwartet, und dieß ist nach § 5. Praetor qui centumviralibus praesidet.

31) *L. 10. pr. D. de inoff. test.* (5, 2). Die Erwägungen der Billigkeit, auf die hier verwiesen wird, verlangen eine schließlich entscheidende Autorität und dieß kann wohl nur der Vorstand, der Prätor allein oder mit den Decemvirn, sein.

32) *Sueton. Domit.* 8. Ambitiosas Centumvirorum sententias rescidit. Sollte diese Rescission auch in integrum restitutio sein, so gilt doch dasselbe für Appellation. *L. 18. pr. D. de min.* (4, 4).

33) *Gai.* IV. § 16. Daher das Gericht selbst centumviralis hasta (s. oben Note 2) und die getheilten Consilien duae hastae (oben Note 16) genannt werden.

1) *Plin. H. N.* XXXIII. 7. Divo Augusto decurias (*sc. Iudicum*) ordinante. Vgl. Puchta, Instit. § 88 (I. S. 390 folg.), § 154 (II. S. 41 folg.). Keller, Civilpr. § 10. Rudorff, Rechtsg. I. § 39 S. 95. II. § 10 S. 39. § 103 S. 338 folg. Walter, Rechtsg. § 734 S. 374 folg. § 337 S. 503 folg. Es bleibt auch hier noch Vieles aufzuklären.

relia (a. 684) zwischen beiden Ständen getheilt, ja auf die bürgerlichen Tribuni aerarii ausgedehnt, von Jul. Cäsar aber auf zwei Decurien aus den beiden ersten Ständen beschränkt worden. Zuletzt hatte Antonius eine dritte Decurie aus seinen Centurionen und Veteranen ohne Rücksicht auf deren Census gebildet, eine Einrichtung, die jedoch mit Vernichtung aller seiner Acte durch den Senat wieder wegfiel [2]). Auf die Civilgeschwornen hatten diese Aenderungen, wie oben bemerkt wurde, nur insofern Einfluß geübt, als sie seit C. Gracchus nicht mehr ausschließlich aus den Senatoren, sondern auch aus den Rittern genommen zu werden pflegten; eine Geschwornenliste gab es in Rom für sie nicht [3]).

August begründete für Beide, Criminal- und Civilgeschworne, durch seine zwei leges Iuliae iudiciariae, die lex (iudiciorum) publicorum und privatorum, eine ganz neue Ordnung [4]). Er bildete nehmlich für Criminal- und Civilsachen [5]) drei decuriae Iudicum aus Senatoren und Rittern mit dem höchsten, beiden Ständen damals gemeinsamen Census von 400,000 Sesterzen (Quatringenarii) [6]), und fügte ihnen eine vierte, ausschließlich für geringere Civilsachen bestimmte Decurie Bürgerlicher mit einem Census von 200,000 Sesterzen (Ducenarii) hinzu [7]). Um ihnen die Last des Geschwornen-

2) Vgl. Rudorff cit. I. § 39.

3) S. oben § 56 Note 11. Wohl in den Provinzen, s. § 60 N. 22.

4) Nach *Fr. Vat.* §§ 197. 198. (*Ulp.*) bestimmten die lex publicorum kapite XXVI., die lex privatorum kapite XXVII. die Excusationsgründe vom Geschwornenamt, offenbar im Zusammenhang der Organisation der Geschwornencollegien, wesentlich übereinstimmend, wenngleich mit abweichendem Ausdruck, so daß daraus auf verschiedene Collegien der Civil- und der Criminalgeschwornen nicht geschlossen werden kann. — Zugleich sorgte August für ein Amtslokal, das Forum Augustum. *Sueton. Oct.* 29. ut separatim in eo publica iudicia et sortitiones iudicum fierent.

5) *Orelli* 3877. Iudici de IIII decuriis Equiti selectorum publicis privatisque. Nur die selecti der drei ersten Decurien hatten diese doppelte Bestimmung. Vgl. Note 7 und 15.

6) *Orelli-Henzen* 6469. quinque decuri. Iudi(*cum inter*) quatringenarios adlecto a divo Antonino. *cf. Orelli* 2357. Vgl. Becker-Marquardt, röm. Alterth. II. 3. S. 219.

7) *Sueton. Oct.* 32. Ad tres Iudicum decurias quartam addidit ex inferiore censu, quae

amtes zu erleichtern schuf Caligula eine fünfte Decurie[8]); ihr Gesuch um Errichtung einer sechsten schlug Galba ab[9]). Wie die drei ersten Decurien sich zu den beiden Ständen der Senatoren und Ritter verhielten, wissen wir nicht[10]); als August den Census der Senatoren erhöhte[11]), blieb der Rittercensus die gemeinsame Bedingung des Eintritts in dieselben[12]), und damit mußte jener Standesunterschied für diese erste Classe der Richter bedeutungslos werden[13]). In Monumenten, die die Mitgliedschaft in den fünf Richterdecurien als einer ehrenhaften Corporation nicht leicht unerwähnt lassen[14]), wird nur

Ducenariorum vocaretur, iudicaretque de levioribus summis. „Den drei aus den früher berechtigten Ständen gebildeten Decurien fügte er eine vierte aus dem niedern Census hinzu" u. s. w. Daß er die drei Decurien vorgefunden oder selbst früher gebildet, folgt daraus nicht. *Plin. H. N. cit.* Divo Augusto decurias ordinante — Iudicum nonnisi quattuor decuriae fuere primo. *Orelli* 3877. vor Caligula: Iudici de IIII decuriis zweimal.

8) *Sueton. Calig.* 16. Ut levior labor iudicantibus foret, ad quattuor priores quintam decuriam addidit. Den Census und die Bestimmung dieser Decurie kennen wir nicht; nach *Plin. H. N.* XXXIII. 8. Propterque haec discrimina Gaius princeps decuriam quintam adiecit, sollte man denken, es sei eine decuria Equitum gewesen.

9) *Sueton. Galba* 14. Iudicibus sextam decuriam adiici precantibus — negavit.

10) Auf ein bestimmtes Verhältniß läßt die Einrichtung der decuriae iudicum publicorum unter der Republik und das aus 5 Senatoren und 5 Rittern gebildete Consilium der Lex Aelia Sentia für die causae probatio bei der Manumission (*Gai.* I. § 20. *Ulp.* I. 13[a]) schließen. Puchta's Annahme, der Keller folgt, daß 1) Senatoren, 2) Equites equo publico oder illustres und 3) simple Ritter die drei Decurien gebildet, ist ohne Beweis und, insofern sie sich auf den Census stützt, jedenfalls unrichtig. *Plin. H. N. cit.*, dem Rudorff folgt, unterscheidet nicht gehörig alte und neue Zeit; aber darin ist ihm Glauben zu schenken, daß divo Augusto decurias ordinante maior pars Iudicum in ferreo annulo (*sc. Equites*) fuerunt. *cf. c.* 8. in ferreo annulo equites iudicesque intelligebantur; erst Tiberius gab den Rittern den goldnen Ring.

11) Vgl. Becker-Marquardt a. a. O.

12) *Seneca de benefic.* III. 7. iudex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit. *Plin. H. N.* XIV. *pr.* Postquam Senator censu legi coeptus, iudex fieri censu *rel. Sueton. Tib.* 41. decuriae equitum = iudicum. *Orelli Inscr.* Note 6. inter quatringenarios.

13) Die in Inschriften vorkommenden Judices sind fast alle Equites; Senatoren, die doch auch erwähnt werden (*Plin. Ep.* IV. 29.), wußten sich wohl meist zu entziehen oder wurden verschont.

14) *Orelli-Henzen Ind.* III. *p.* 117. *v.* Iudices.

jene erste aus drei Decurien bestehende Classe der Quatringenarii als eine höhere Stufe hervorgehoben [15]).

Außer jenem verschiedenen Census wurde zum Eintritt ererbtes römisches Bürgerrecht [16]) und Wohnsitz in Rom oder doch in Italien gefordert [17]); später ließ man auch Provinzialen zu [18]). Ferner das vollendete zwanzigste Jahr [19]). Das öffentlich ausgestellte Verzeichniß dieser Richter (album Iudicum) wurde jährlich [20]) vom Kaiser revidirt, Neue aufgenommen (adlecti) [21]), Unwürdige gestrichen [22]), gesetzlich Entschuldigte entbunden [23]).

15) *Orelli-Henzen* 2183. Iudici selecto decur. trib. — equo publico. 6956. Hab. equum pub. — ex V decuriis dec. III. — inter quatringenarios in Note 6. Ferner scheint der häufig vorkommende Ausdruck selectus, de selectis, inter selectos, selectorum dasselbe zu bezeichnen.

16) *Plin. H. N. cit.* servatum in hodiernum, ne quis ex novis civibus in iis iudicaret.

17) Weil sie in Rom fungiren sollen. *Orelli-Henzen* 6467. adlecto in quinq. decuri(*as leg*)itume Romae iudicantium. *cf. Gai.* IV. § 104.

18) *Plin. H. N. cit.* nondum provinciis ad hoc munus admissis. *cf.* XXIX. 8. *Sueton. cit.* Note 22.

19) *Sueton. Oct.* 32. *ed. F. A. Wolff. L. 41. D. de receptis* (4, 8). Puchta a. a. O. § 154 Note y.

20) Wie das album Senatorum. *Dio Cass.* 55, 3. λευκώμα — κατ' ἔτος.

21) *Sueton. cit.* Note 19. Iudices a vicesimo aetatis anno adlegit *rel. Sueton. Tib.* 41. Regressus in insulam rei publicae quidem curam usque adeo abiecit, ut postea non decurias equitum umquam supplerit. *Orelli-Henzen* 6158. Adlectus inter selectos ab Imp. Caes. Aug. 3703. — ab Imp. Ant. Pio. 6469. — a divo Antonino. Ueber die Befähigung im Allgemeinen vgl. Keller, Civilpr. § 11.

22) *Sueton. Claud.* 16. Splendidum virum Graeciaeque provinciae principem, verum Latini sermonis ignarum, non modo albo Iudicum erasit, sed etiam in peregrinitatem redegit. *Domit.* 8. Equitem Romanum ob reductam in matrimonium uxorem, cui dimissae adulterii crimen intenderat, erasit Iudicum albo.

23) Das Richteramt ist ein munus publicum oder civile und zwar personale. *L. 78. D. de iudic.* (5, 1). *L. 18. § 14. D. de mun.* (50, 4). *cf. L. 1. pr. § 3. L. 18. pr. § 1. eod. Plin. H. N.* Note 24. *Fr. Vat.* § 197. Bestimmte Gründe geben excusatio oder vacatio. *Dig.* 56, 5. *de vacatione et excusatione munerum*, worüber bei Revision des Albums der Kaiser entschied. Vgl. Keller cit. *Sueton. Claud.* 15. Quum decurias rerum actu expungeret, eum, qui dissimulata vacatione, quam beneficio liberorum habebat, responderat, ut cupidum iudicandi dimisit. Ueber diese excusatio propter liberos s. *Fr. Vat.* §§ 194. 197. 198. Ohne

Die Zahl dieser zum Geschwornenamt (munus iudicandi) Berufenen war indeß so groß, — schon in den vier Decurien des August waren es an 4000 und später noch mehr [24]), — daß zum Behuf wirklicher Dienstleistung ein jährlicher Wechsel der Decurien [25]) und ohne Zweifel auch eine engere Auswahl für Criminal- und Civilsachen durch den competenten Prätor Statt fand [26]). Derselbe rief sie auch zur ordentlichen Gerichtszeit (actus rerum) ein und strafte die Säumigen [27]).

Indem hiernach das Geschwornenamt überwiegend in die Hand der Mittelstände gelegt [28]), einer strengen Censur unterworfen [29]), und überdieß der Dienst und selbst das Privatleben der Geschwornen unter die Aufsicht des Prätors gestellt wurde [30]), war es im Interesse der Rechtspflege wesentlich verbessert, wenn auch zum Theil seiner früheren Würde und Freiheit beraubt.

Zweifel entschuldigte auch höheres Alter, während jüngere Männer damit, wie mit der Advocatur und Assessur, ihre öffentliche Thätigkeit begannen. *Plin. Ep.* I. 20. frequenter egi, frequenter iudicavi, frequenter in consilio fui. *Gell.* XIII. 13. XIV. 2. Note 26.

24) *Plin. H. N. cit.* 7. quattuor decuriae — vixque singula milia in decuriis inventa, nondum provinciis ad hoc munus admissis. 8. tantumque natum est fastus, ut quae sub divo Augusto impleri non potuerant decuriae (*sc. tres quatringenariorum*), non capiant eum ordinem (*sc. equestrem*).

25) *Sueton. Oct.* 32. Ac plerisque iudicandi munus detrectantibus vix concessit, ut singulis decuriis per vices annua vacatio esset. Während des Dienstjahres war ihnen der Besuch von Privathäusern verboten. *Dio Cass.* 54, 18.

26) *Gell.* XIV. 21. Quo primum tempore a Praetoribus lectus in Iudices sum, ut iudicia quae appellantur „privata" susciperem. Die Wahl der Prätoren war offenbar eine engere als die des Kaisers und bezog sich je nach ihrer verschiedenen Competenz (s. Note 27) auf die privata iudicia oder auf die quaestiones. Walter a. a. O. § 837 Note 16. Die sortitiones iudicum *sc. privatorum* (*Sueton. Oct.* 29.) gehen auf die einzelnen Sachen, s. unten § 101.

27) *Plin. Ep.* IV. 29. Eia tu, cum proxime res agentur, ad iudicandum veni. Ecce Nepos Praetor — multam dixit etiam Senatori. Dieser Nepos war Praetor quaestionum (*Plin. Ep.* V. 21, 3.), berief also die Criminalgeschwornen zu den Assisen.

28) Vermöge des Census von (etwa) 20,000 oder 10,000 Thlrn.

29) S. Note 22.

30) S. Note 27. *Dio Cass. cit.* Note 25. Ueber die Aufsicht in der Richterfunction selbst s. oben § 62 Note 18. 19 und unten § 71 Note 67—71.

Nicht aus den Geschwornencollegien scheinen die Recuperatoren genommen zu werden. Ihre Bedeutung ist in der Periode der Formulae insofern völlig verändert, als sie nicht mehr auf Fremdenprozesse beschränkt sind, sondern auch unter römischen Bürgern, übrigens in Rom und in den Provinzen und in den verschiedenartigsten Rechtssachen vorkommen. Da es bisher nicht gelungen ist, den zum Grund liegenden einheitlichen Gedanken überzeugend nachzuweisen, so muß es unsrem Plane gemäß genügen, sie hier genannt zu haben[31]).

§ 66. Italien, das als Centralland des Reiches der Hauptstadt sich anschließt, blieb auch unter der Kaiserherrschaft vor den Provinzen bevorzugt durch die freie Verfassung seiner Municipien[1]) mit beschließender Bürgerversammlung (comitia), dem verwaltenden Senate (ordo decurionum conscriptorumve) und richterlichen Magistraten (Duumviri, Aediles, Praefectus, Praetor u. s. w., Magistratus)[2]). Unter dieser äußeren Form aber war längst die Kraft Italiens, mit welcher Rom die Welt erobert hatte, gebrochen, der blühende Ackerbau, auf dem sein Wohlstand beruhte, durch die Kornzufuhr aus Sicilien und Afrika zerstört, sein tüchtiger Bauernstand unter dem Druck des großen Kapitals den Latifundien der Reichen und der Plantagenwirthschaft durch Sklaven gewichen, der Ge-

31) Vgl. Zimmern, Rechtsg. III. §§ 17. 37. Sell, Recuperatio 1837 und die Recension von Huschke in Richter's krit. Jahrb. 1837. S. 378 folg. Puchta, Instit. § 154 (II S. 37). Keller, Civilpr. § 8. Rudorff, Rechtsg. §§ 8. 9. Walter, Rechtsg. § 697.

1) *Ulp. de off. Praet. tut. Fr. Vat.* §§ 191. 192. Romae, municipiis Italicis, — in provincia. Die verschiedenen Arten der Communen, colonia, municipium, praefectura, forum, conciliabula, unterscheidet die s. g. lex Mamilia (agr. C. Caesaris) c. 3. 5.

2) Hauptquellen sind die zahlreichen Inschriften dieser Periode bei *Orelli cap.* XVI. II. *p.* 149 *sqq.* und *Henzen c.* XVI. III. *p.* 401 *sqq.*, vor Allem die merkwürdigen Bruchstücke der lex municipii Flavii Salpensani und die Malacitani No. 7421 mit dem Commentar von Th. Mommsen, die Stadtrechte u. s. w. Leipz. 1855. 4., beweisend für Italien, insofern die ursprünglich italischen Einrichtungen auf die latinischen Municipien in den Provinzen übertragen wurden. In den Rechtsbüchern *Dig.* 50, 1. *ad (legem) municipalem* 2–12. Eine übersichtliche Darstellung bei Walter, Rechtsg. §§ 299 folg. I. S. 454.

meinsinn der Communen durch Sulla's und seiner Nachfolger im Militärregiment, Jul. Cäsar's, Antonius', Octavians, massenhafte Ansiedlung von Veteranen unter rohester Beraubung friedlicher Bürger tief erschüttert. Diese innere Aushölung des Communallebens mußte in beruhigter Zeit unter den Kaisern je länger je mehr auch in äußerem Verfall der Municipien hervortreten und, indem ihm von Seiten der Staatsregierung gesteuert werden sollte, nothwendig die Beschränkung ihrer freien Verfassungen durch die Centralgewalt herbeiführen.

Es war daher nicht bloß willkührlicher Druck von Oben, auch nicht bloß ein Symptom des erstorbenen Gemeinsinns, sondern hauptsächlich Folge des ökonomischen Verfalls der Communen, daß schon im zweiten Jahrhundert n. Chr., was früher eifrig gesuchte Ehrenstellung gewesen, jetzt um der damit verknüpften drückenden Verpflichtungen willen als Last geflohen wurde. So das Decurionat, weil zur Uebernahme der Magistraturen verpflichtend, die Magistratur selbst, weil mit Vermögenshaftung nicht bloß für die eigne Verwaltung, sondern auch für die des Collegen und des präsentirten Nachfolgers verbunden[3]). Auch war es wohl mehr die Hoffnung äußere Wohlthaten zu empfangen als bloße Adulation, daß die Städte die Uebernahme ihrer höchsten Magistratur vom Kaiser erbaten, der sich dann durch einen Präfecten vertreten ließ[4]).

Besonders wichtig für unsern Zweck ist aber die bleibende Unterwerfung Italiens unter die Aufsicht kaiserlicher Beamten, wodurch es den Provinzen genähert und die selbständige Gerichtbarkeit der Municipalmagistrate beschränkt wurde.

Den ersten Grund dazu legte schon August durch die Eintheilung Italiens in eilf Verwaltungsbezirke (regiones), zu denen die Hauptstadt als zwölfter hinzutrat. Allein er benutzte sie nur, soviel wir wissen, theils für den Census der

3) Die angeführten Pandektentitel beschäftigen sich vorzugsweise mit diesen durch kaiserliche Rescripte begründeten Rechtsgrundsätzen. Ueber die veränderte Wahlform der Magistrate s. Walter cit.

4) *Spartian. Hadrian.* 19. *Lex mun. Salp. c.* 24.

über Italien ausgebreiteten römischen Bürgerschaft, den noch nach der Lex Julia municipalis die höchsten Municipalmagistrate besorgt hatten, theils für die Steuererhebung, indem er Beides fortan durch kaiserliche Beamte besorgen ließ [5]). Daß er die selbständige Jurisdiction der Municipalmagistrate, wie durch die Lex Rubria für das cisalpinische Gallien, so auch in dem übrigen Italien zu Gunsten des Prätor urbanus beschränkt habe, ist unerwiesen und nicht wahrscheinlich [6]). Allein, wie schon unter seinen nächsten Nachfolgern vorübergehend zur Abhülfe eines Nothstandes der Städte kaiserliche Commissarien ernannt wurden [7]), so trieb die Fürsorge der Kaiser für das verfallene Municipalwesen zu Anfang des zweiten Jahrhunderts zu einer bleibenden Einrichtung dieser Art. Hadrian unterwarf Italien vier Consularen, denen mit der gesammten höheren Verwaltung auch die höchste Civil- und Criminalgerichtbarkeit übertragen ward [8]). M. Aurel setzte nach dem Vorbild dieser Einrichtung, die Hadrian nicht lange überdauert hatte, Juridici [9]), d. h. kaiserliche Beamte in größerer Zahl mit gerin-

5) Becker-Marquardt röm. Alterth. III, 1. S. 56 folg.

6) Dieß behauptet Puchta Instit. I. S. 410. Die Geschäftslast des Prätors wäre dadurch unverhältnißmäßig vermehrt worden und eine Unterstützung durch seine Collegen widerspricht allen Nachrichten.

7) Außer den von Marquardt cit. angeführten Fällen s. *Orelli* 2273. C. Iulio M. F. Volt. Proculo Cos. — Legato Augusti pro Praetore regionis transpadanae (unter Trajan).

8) *Spartian. Hadr.* 22. Quattuor Consulares per omnem Italiam iudices constituit. *Capitolin. Ant. Pius* 2. Ab Adriano inter quattuor Consulares, quibus Italia committebatur, electus est ad eam partem Italiae regendam, in qua plurimum possidebat. *c.* 3. Huic cum Italiam regeret, imperii omen factum est: nam cum tribunal ascendisset *rel. Marc.* 11. — ad id exemplum, quo Adrianus consulares viros reddere iura praeceperat. *Appian. de b. c.* I. 38. Vgl. Becker-Marquardt cit. S. 65 folg. Dirksen, die Scriptores hist. Aug. S. 78—105.

9) *Capitolin. Marc.* 11. Datis Iuridicis Italiae consuluit, ad id exemplum, quo Adrianus consulares viros reddere iura praeceperat. *Orelli-Henzen* 6485. Iuridico per Italiam regionis transpadanae primo — Praetori, cui primo iurisdictio pupillaris a sanctissimis Imp. (*sc. M. Antonino et L. Vero*) mandata est. Vgl. oben § 63 Note 17. Daß Hadrians Einrichtung unter Ant. Pius einging, bezeugt *Appian. cit.* *καὶ μετ' αὐτὸν ἐπέμεινεν ἐς βραχύ.*

gerer Würde und Beschränkung ihrer Gerichtbarkeit auf Civilsachen ein [10]), Letzteres wahrscheinlich, weil um diese Zeit die hohe Criminaljurisdiction bis zum hundertsten Meilenstein von Rom dem Präfectus Urbi, in dem übrigen Italien dem Präfectus Prätorio übertragen worden war [11]). Die Civiljurisdiction der Juridici wie ihre Amtsgewalt überhaupt bezog sich auf eine oder mehrere Regionen (regiones, quae sunt sub Iuridicis) [12]) und da diesen die Diöcese von Rom (ur-

Ob die Hungersnoth und Pest in Italien (*Capitolin. Marc.* 11. 13.) die Erneuerung derselben veranlaßte? Vgl. Mommsen, Berichte der sächs. Gesellschaft. 1852. S. 270. Der Name wurde von dem Juridicus in Aegypten (Walter, Rechtsg. § 3'0 Note 24) und andren Provinzen (*Orelli-Henzen* 64-8. 6490 *sq.* 7420 *sq.*), der neben dem administrativ oder militärisch beschäftigten Statthalter die Jurisdiction verwaltete, entlehnt.

10) Ob Civilsachen ohne Einschränkung? *Dio Cass.* 78, 22. bezeugt, daß eine solche durch Macrinus a. 217 erneuert worden und *Orelli* 3174. Iuridicus de infinito unter Valerian und Gallien möchte ich auf eine individuelle Exemtion davon deuten. Mommsen, Schriften der Feldmesser II. S. 193 und Rudorff, Rechtsg. II. § 4 Note 12. 13 behaupten die Einschränkung auf iurisdictio pupillaris und fideicommissaria. Allein *Fr. Vat.* §§ 205. 232 (Note 13) und *L. 41. § 5. D. de fid. lib.* (40, 5) beweisen nur, daß diese außerordentlichen Competenzen dem Juridicus wie dem Präses Provinciae (mit Ausschluß der Municipalmagistrate) übertragen waren, die Fideicommißsachen nach Analogie des Prätor fideicommissarius bis zu einer gewissen Summe (*L. 41. § 5 cit.* Iuridicus — aestimavit. *Orelli cit.* de infinito), über die hinaus den Consuln die Cognition zustand. S. § 63 Note 9. Die Beschränkung der Juridici aber auf diese beiden Zweige der Jurisdiction wäre Verschwendung persönlicher Kräfte gewesen; auch deutet Capitolin's Ausdruck: Italiae consuluit — reddere iura, ferner der Name Iuridicus und der Zusammenhang der Sache, insbesondere die Einschränkung der Municipalgerichtbarkeit und die Unzulänglichkeit des Prätor urbanus für ganz Italien, auf Mehr. Selbst Verwaltung, die nach durchgehender römischer Anschauung mit der Justiz verbunden war, insbesondre Beaufsichtigung der Communen, die in Bezug auf städtische Lasten, Schuldenwesen u. A. sich in gerichtlichen Formen vollzog, kann dem Juridicus nicht ganz gefehlt haben. Das Monument *Orelli cit.* setzte der Ordo von Ariminum einem Juridicus ob singularem abstinentiam industriamque exhibitae iudicaturae.

11) *Coll.* XIV. 3. *L. 1. § 4. D. de off. Pr. urbi* (1, 12). *Dio Cass.* 52, 21. Dirksen cit. S. 95. Becker-Marquardt cit.

12) *Orelli-Henzen* III. *Ind. p.* 113. *v. Iuridicus.* Es scheint darin mancher willkührliche Wechsel Statt gefunden zu haben, daher Borghesi's Annahme von 5 Juridici nicht gesichert sein dürfte. Mehr als 4 waren es jeden Falls.

bica dioecesis) entgegengesetzt wird [13]), so kann hierunter wohl nur der der Stadt zunächst gelegene Umkreis gemeint sein, auf den fortan die Jurisdiction der Prätoren räumlich beschränkt war [14]). Die Ausdehnung desselben kennen wir nicht [15]).

13) *Ulp. de off. Praet. tutelaris. Fr. Vat.* § 205. — si quis ad urbicam dioecesim pertinens testamento tutor dabitur, excusare se debebit (er bedarf der Excusation) ab eo patrimonio, quod in regionibus Iuridicorum est, item a re provinciali. *cf. L. 10. § 4. D. de excus.* (27, 1). *L. 11. C. Iust. eod.* (7, 62). — *Fr. Vat.* § 232. Observari autem oportet (*sc. a Praetore tutelari*), ne his pupillis tutorem det, qui patrimonia in his regionibus habent, quae sunt sub Iuridicis; multo magis, si in provincia sit patrimonium, licet is, cui petitur, in urbe consistat.

14) Zur Erläuterung von *Fr. Vat.* § 232. in Note 13: das forum pupillare ist von dem Wohnsitz des Pupillen und des Tutors abhängig, nicht von der Lage des Vermögens. Allein der Tutor kann sich von der Verwaltung der in einer anderen Jurisdiction belegenen Güter entschuldigen und für diese wird dann von dem dort competenten Magistrat ein Curator oder Spezialtutor ernannt. Vgl. Rudorff, Vormundschaft § 50. I. S. 369 folg. § 86. II. S. 71 folg. Wegen dieser Excusation soll der Prätor tutelaris der Bestellung eines Tutors rücksichtlich des außerhalb der urbica dioecesis belegenen Vermögens sich enthalten, also, dürfen wir schließen, die Bestellung eines Tutors oder Curators für dieses dem Juridicus oder Präses Provinciae überlassen. In diesem Zusammenhang beweist die Stelle allerdings für die Competenz des Prätor tutelaris und der Juridici, was Dirksen cit. S. 105 bestreitet. Der Sprengel des Prätor urbanus, von dem Ulpian in *L. 1. L. 2. pr. §§ 2—4. 9. D. de damno infecto* (39, 2). redet, war ohne Zweifel derselbe.

15) Die Annahme älterer Schriftsteller und noch Becker-Marquardt's, daß die urbica dioecesis, also der Sprengel des Prätors mit dem Polizeirayon des Präfectus Urbi, dem centesimus lapis, identisch gewesen, wird durch *Fr. Vat.* § 155. nicht bewiesen, wo nur von der Excusationsfrist innerhalb 100 Meilen von irgend einer Stadt die Rede ist. *L. 13. §§ 1. sqq. D. de excus.* (27, 1). Nach *Fr. Vat.* § 147. pflegte der Prätor (tutelaris), weil jeder Senator rücksichtlich der Güter ultra ducentesimum lapidem sich excusiren kann, für diese einen Ritter zu bestellen. Offenbar wird dabei vorausgesetzt, daß der Prätor dazu nicht nur competent war, sondern daß der ernannte Ritter sich nicht excusiren konnte. Daraus folgt in Verbindung mit *Fr. Vat.* § 232. in Note 13 allerdings, daß der Sprengel des Prätors oder der urbica dioecesis nicht überall, z. B. in Tuscien und Campanien nicht, auf den ducentesimus lapis beschränkt war. Anders Dirksen cit. S. 105. Uebrigens änderte die Einschränkung der Jurisdiction des Prätors auf die urbica dioecesis (früher erstreckte sie sich auf ganz Italien) nichts an den rechtlichen Wirkungen der altrömischen Bannmeile. *Gai.* IV. §§ 104 *sq.* Vgl. Dirksen cit. S. 87.

Diese Organisation der höhern Gerichte in Italien, die von M. Aurel bis um die Mitte des dritten Jahrhunderts bestand [16]), war nothwendig mit Beschränkungen der Municipalgerichtbarkeit verbunden, und zwar so, daß die ihr entzogenen Functionen dem Juridicus oder dem Prätor, je nachdem die Sache in dem Jurisdictionsbezirk des Einen oder Andern vorkommt [17]), vorbehalten sind. Die Beschränkungen selbst aber, wie sie die späteren juristischen Classiker bezeugen, sind, zum Theil nach Analogie der Lex Rubria, hauptsächlich zwiefacher Art:

1) Für den gewöhnlichen Civilrechtsstreit und dessen Entscheidung, sei es durch den Magistrat selbst [18]) oder durch Geschworne [19]), ist die Municipalgerichtbarkeit beschränkt auf Sachen eines gesetzlich bestimmten, uns unbekannten Geldwerthes, der jedoch durch Prorogation der Partheien überschritten werden darf [20]). Außerdem sind ihr diejenigen Sachen entzogen, die nach der neuern Gesetzgebung wegen ihrer inneren Wichtig-

16) Wenn Aurelian nach *Treb. Pollio XXX tyr.* 24. den Tetricus zum corrector totius Italiae, d. h. zum Ordner der italischen Verhältnisse setzte, so schloß dieß die Aufhebung der Juridici so wenig ein als *Orelli-Henzen* 6482. unter M. Aurel [*Legato Augusti*] ad corrigendum statum Italiae, der zuvor Iuridicus per Aemiliam et Liguriam gewesen war. Ueber den Corrector in diesem Sinne vgl. *Orelli-Henzen* III *Ind. p.* 112, 2. Allein da Tetricus selbst nach *Vopisc. Aurel.* 39. (nachher?) Corrector Lucaniae wurde, ferner bei *Aur. Victor de Caes.* 39. unter Carus die correctura Venetiae und in *Orelli-Henzen* 6481. um dieselbe Zeit ein iterum Corrector (von Campanien?) vorkommt, so wird es dadurch allerdings wahrscheinlich, daß Aurelians neue Ordnung der italischen Verhältnisse nach Besiegung seiner Gegenkaiser in der bleibenden Einsetzung höherer Verwaltungsbeamten (Correctores) für die einzelnen Regionen bestand, eine Gleichstellung Italiens mit den Provinzen, die in der constantinischen Verfassung zum Abschluß kam. Vgl. Mommsen cit. S. 196 folg.

17) S. *L. 1. L. 4. pr. §§* 2—4. *9. D. de damn. inf.* (39, 2), wo als zur missio in possessionem selbständig berechtigt den Municipalmagistraten gegenüber der Prätor oder Präses Provinciae genannt wird, letzteres ohne Zweifel durch Interpolation.

18) *Paul.* V. 5a. § 1. Res iudicatae — a magistratibus municipalibus.

19) *L. 13. pr. § 1. D. de iurisdict.* (2, 1) und Note 33.

20) *Paul. cit.* usque ad summam, qua ius dicere possunt. *L. 28. D. ad mun.* (50, 1). *L. 19. § 1. L. 20. L. 11. D. de iurisd.* (2, 1). Vgl. § 59 Note 24.

keit oder der dabei eintretenden freieren Beurtheilung als extraordinariae cognitiones zur Competenz der höhern Gerichte gehören [21]).

2) Die höheren Functionen des Imperiums, d. h. der richterlichen Gewalt der magistratus maiores populi Romani, wodurch sie in die Rechte der Einzelnen zwingend eingreifen, stehen den Municipalmagistraten jetzt nicht mehr zu [22]). Deshalb haben sie nicht mehr die Execution durch missio in bona [23]), sondern nur durch pignoris capio [24]). Den Ungehorsam gegen ihre Befehle strafen sie nur durch Multa [25]). Auch die Pönalklage gegen Verächter der Jurisdiction findet bei ihnen nicht statt [26]).

Von der freiwilligen Gerichtbarkeit haben sie die Legis Actio als zum Imperium gehörig nur ausnahmsweise [27]). Zur Bestellung von Vormündern durch den höhern Magistrat wirken sie nur unterstützend mit [28]). Ihre Criminalgewalt ist auf mäßige Züchtigung von Sklaven beschränkt [29]).

Charakteristisch für ihre den kaiserlichen Beamten oder den Prätoren untergeordnete Stellung ist ferner, daß sie von diesen Aufträge empfangen [30]) oder sie sonst bei Ausübung der

21) Vgl. unten § 70 Note 38 und § 122.

22) *L. 26. D. ad mun.* (50, 1). Vgl. § 70 Note 39. 40.

23) *L. 26. cit. L. 4. D. de iurisd.* (2, 1). Vgl. oben § 58 Note 26, § 59 Note 25.

24) *L. 3. § 1. D. de reb. eor.* (27, 9). *L. 29. § 7. D ad leg. Aquil.* (9, 2). Ob durch duci iubere, das die Lex Rubria ihnen noch einräumte, wissen wir nicht.

25) *L. 131. § 1. D. de verb. sign.* (50, 16). *L. 1. pr. §§ 1. 2. D. de via publ.* (43, 10). *Lex mun. Mal. c.* 66. *Orelli* 2488.

26) *L. 1. pr. D. si quis ius dic.* (2, 3). *Ulp.* Omnibus magistratibus, non tamen Duumviris — concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio.

27) *Paul.* V. 25. § 4. Vgl. unten § 70 Note 31 und 41.

28) Durch Einsendung von Namen (nominatio), Forderung der Bürgschaft u. s. w., wofür sie mit ihrem Vermögen haften. *Dig.* 27, 8. *Cod. Iust.* 5, 75. *de magistratibus conveniendis.* Vgl. Mommsen, die Stadtrechte S. 437 folg.

29) *L. 12. D. de iurisd.* (2, 1). *L. 15. § 39. L. 17. § 2. D. de iniuriis* (47, 10). *L. 52. § 12. D. de furtis* (47, 2). Vgl. oben § 58 Note 29.

30) Bei cautio damni infecti Note 17, tutoris datio *L. 1. pr. §§ 5. 6. etc. D. de mag. conv.* (27, 9). *§ 4. I. de Atil. tutore* (1, 20), Zwang zu Antritt und Herausgabe der Erbschaft *Paul.* IV. 4. § 2.

ihnen vorbehaltenen Rechte unterstützen[31]). Endlich auch, daß von ihnen als erster Instanz an dieselben appellirt wird[32]).

Für die ordentliche Verwaltung der Municipaljurisdiction hatte schon August nach dem Vorbild seiner hauptstädtischen Einrichtungen Geschwornencollegien gebildet und in diese zur Erleichterung der Decurionen, auf denen früher das munus iudicandi ausschließlich lastete, auch Plebejer aufgenommen[33]).

---

3. Die Provinzen.

§ 67. Auch die Verwaltung der Provinzen, deren Verfassung im Allgemeinen dieselbe blieb wie unter der Republik[1]), war fortan der Centralgewalt des Kaisers unterworfen. Vermöge seines höhern Imperiums[2]) ertheilt er allen Provinzialstatthaltern allgemeine Instructionen (mandata Principum)[3]), die eine neue wichtige Quelle des Verwaltungsrechts bilden, und

31) *L. 1. §§ 2. 5. 7. D. de mag. conv.* (27, 9) und Note 28. Dahin gehört auch wohl das referre ad Praetorem in der Inschrift bei Mommsen, Berichte d. sächs. Gesellschaft 1852. S. 266. *Inscr. lat. vet. p.* 263.

32) S. oben § 62 Note 24.

33) *Orelli* 2489. ordnet in Narbonne zu Ehren Augusts für den 31. Mai (pridie kal. Iun.) Opfer an: quod ea die T. Statilio Tauro M. Aemilio Lepido Cos. (764 *u. c.* 41 *p. Chr.*) iudicia plebis decurionibus coniunxit. Ich verstehe dieß mit Keller Civilpr. § 20 Note 159 so, daß August an diesem Tage durch ein allgemeines, wie die Lex Julia municipalis für alle Colonien und Municipien römischer Bürger in und außerhalb Italien geltendes Gesetz, also auch in der 636 d. St. gegründeten, 708 durch Jul. Cäsar erneuerten Bürgercolonie Narbo Martius, Geschwornengerichte der Plebs denen der Decurionen hinzugefügt, d. h. das munus iudicandi auf die Plebejer ausgedehnt habe. Anders Orelli und gerade umgekehrt Rudorff, Rechtsg. II § 10 Note 11.

1) Insbesondre in den verschiedenen Bestandtheilen, der eigentlichen provinciae und der civitates liberae und regna. Diese wurden indeß jenen je länger je mehr einverleibt. S. z. B. *Sueton. Vesp. c.* 8.

2) S. Note 28. So wurde auch kaiserlichen Prinzen, z. B. Germanicus, vom Senat in den Provinzen des Orients ein imperium maius als das aller Statthalter verliehen. *Tac. Ann.* II. 43.

3) Rudorff, Rechtsg. I § 56.

reformirt im einzelnen Fall auf eingebrachte Berufung (appellatio) ihre Rechtssprüche und Befehle [4]).

Außerdem hatte schon August die unmittelbare Verfügung über die Provinzen in der Art mit dem Volke oder dessen Vertreter, dem Senate, getheilt, daß er die kriegerischen oder sonst schwierigeren auf Grund seiner proconsularis potestas an sich nahm (provinciae Caesaris), die friedlichen und einträglicheren dagegen dem Senate überließ (provinciae populi Romani) [5]). Die Civilverwaltung dieser letztern [6]), in denen regelmäßig keine Legionen standen [7]), fiel wie früher den gewesenen Consuln und Prätoren unter dem gemeinsamen Namen der Proconsules als Statthaltern des römischen Volkes [8]) nach dem Loose [9]) für Ein Jahr zu. Für die Provinzen des Kaisers bestellte dieser selbst seine Statthalter für unbestimmte Zeit und nach freier Wahl, jedoch nicht ohne Rücksicht auf hergebrachte republikanische Gebräuche. Denn das Commando der in den Provinzen stationirten Legionen überträgt er, gleichsam als Proconsul, seinen Legaten (Legati Augusti), jedoch ver-

4) S. oben § 62 Note 17. 25. 26.

5) Für die Theilung *Strabo Geogr.* XVII. 25. *Dio Cass.* 52, 12. *sqq.* *Sueton. Octav.* 47. Für die Unterscheidung der Provinzen im Allgemeinen *Gai.* I. § 6. II. § 21. Vgl. Becker-Marquardt, röm. Alterth. III. 1. S. 294 folg., für die einzelnen Provinzen S. 72 folg. — Wenn andrerseits berichtet wird, August habe am 13. Januar 707 sämmtliche Provinzen an Senat und Volk zurückgegeben (vgl. Mommsen, Abhandl. der K. Akad. 1863. S. 478 Note 2), so muß die Theilung zunächst nur factisch dadurch eingetreten sein, daß er das Commando der Legionen und mit diesem wie immer, die Verwaltung der Provinzen, wo diese ihre Standquartiere hatten, seinen Legaten oder letztere allein seinen Procuratoren übertrug. Vgl. Note 7. 14. 15.

6) Sie heißen deshalb iurisdictiones im Gegensatz der kaiserlichen exercitus. *Tac. Ann.* I. 80. *Plin. H. N.* V. 25. Asiatica iurisdictio.

7) *Tac. Hist.* I. 11. inermes provinciae. Nur der Proconsul Africae hatte Anfangs noch eine Legion unter sich, die aber Caligula einem kaiserlichen Legaten übergab, woraus sich die Grenzprovinz Numidien bildete. *Tac. Hist.* IV. 17. Mommsen, epigraph. Anal. in Berichten der sächs. Ges. 1852. S. 213 folg.

8) *Dig.* 1, 16. *de officio Proconsulis.* Die Proconsuln der beiden consularischen Provinzen Asia und Africa hatten als äußere Auszeichnung 12, die der übrigen prätorischen 6 Lictoren. *Dio Cass.* 53, 13.

9) *Tac. Ann.* II. 43. sorte aut missu Principis.

bunden mit der Civilgewalt (imperium) eines Proprätors (pro Praetore)[10]); und zwar, insofern mehrere Legionen in der Provinz stehen, einem in der öffentlichen Laufbahn schon bewährten und durch das Consulat ausgezeichneten Manne (vir consularis), daher diese höchste Classe kaiserlicher Statthalter den Ehrentitel Consulares führen[11]); dagegen die Provinzen mit Einer Legion gewesenen Prätoren (viri praetorii)[12]), wie ja auch sonst der Commandeur einer einzelnen Legion ohne Provinzialverwaltung (Legatus legionis) in der Regel aus diesen genommen zu werden pflegte und Legatus praetorius hieß[13]). Provinzen des Kaisers ohne Militärcommando endlich wurden durch seine Procuratoren (Procuratores Caesaris), die er aus dem Ritterstande, ja selbst aus den Freigelassenen nahm, verwaltet[14]). Ganz eigenthümlich war die

10) Legatus Augusti pro Praetore ist der officielle Titel der kaiserlichen Statthalter mit Militärcommando. S *Orelli-Henzen* III. *Ind. p.* 110 *sq.* Ihre Civilgewalt, obwohl auf dem Mandat des Kaisers beruhend, ist ein selbständiges Imperium, daher sie sie weiter mandiren können. S. § 71 Note 24.

11) *Orelli-Henzen cit. a.* Leg. Aug. pro Praetore consularis *Orelli* 3667. Leg. consularis *Orelli* 3666. *Sueton. Tib.* 41. *Tac. Hist.* I. 56. II. 86. *Agric.* 7. Consularis schlechthin *Orelli* 3669 *sq. Sueton. Tib.* 32. *Domit.* 6. *Tac. Agric.* 8. 14. 40. Consulari potestate kommt nur Einmal, für den jüngern Plinius, in *Orelli* 1172. vor, dessen Sendung nach Lithynien vielleicht eine außerordentliche war. Vgl. *Plin. Ep.* X. 41.

12) Ihr solenner Titel auf Inschriften ist Leg. Aug. pro Praetore ohne andern Beisatz als den der Provinz, weil praetorius im Gegensatz des consularis keine Auszeichnung gewesen wäre, ja ihm mit dem Legatus legionis gemein war, s. Note 13. Nur Schriftsteller nennen ihn πρεσβευτὴς στρατηγικὸς *Strabo* III. *p.* 166. e praetoriis Legatum *Plin. H. N.* 26, 3. Legatus praetorius *Spartian. Adr.* 3. *Treb. Pollio* XXX *tyr.* 33. Der Beisatz quinquefascalis von den fünf Fasces, die ihm mit dem Consularis gemein sind (*Dio Cass.* 53, 13.), wird ihm einigemal in Inschriften gegeben. *Orelli-Henzen* zu 6509. vgl. 3351. *Inscr.* v. *Thorigny* bei Mommsen, Berichte der sächs. Gesellschaft 1852. S. 242.

13) Agricola erhält nach bekleideter Prätur als Legatus praetorius das Commando der XX. Legion unter dem Legatus consularis von Britanien, dann (als Leg. Aug. pro Praetore) die wichtige Verwaltung von Aquitanien während 3 Jahre, wird dann Consul und endlich Consularis der erstgenannten Provinz. *Tac. Agr.* 6—9. Ausnahmsweise war der Legionslegat nur zur Prätur designirt. *Tac. Ann.* II. 36. *Spartian. Adr.* 3.

14) Nur durch den Umfang der empfangenen Aufträge, die Ver-

Stellung des **Praefectus augustalis** von Aegypten [15]). Der Name **Praeses provinciae** ist ein allgemeiner, der auch den Proconsul begreift [16]), wird dann aber im Gegensatz desselben vorzugsweise für die kaiserlichen Statthalter [17]), ja in spätester Zeit für die unterste Classe derselben aus dem Ritterstande gebraucht [18]). — Diese Einrichtung, wonach jede Provinz regelmäßig einen Statthalter bestimmter Art erhielt [19]), hat zwar im Einzelnen manchen Wechsel erfahren [20]), im Ganzen aber sich bis ins dritte Jahrhundert erhalten [21]).

waltung einer ganzen Provinz und das damit verbundene Imperium ist er von dem fiscalischen Procurator Caesaris (s. Note 34) verschieden. *Dio Cass.* 53, 15. *L.* 35. *§ 2. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *Tac. Hist.* I. 11. Duae Mauritaniae, Raetia, Noricum, Thracia et quae aliae Procuratoribus cohibentur. Vgl. Becker-Marquardt cit. S. 301.

15) *Dig. 2, 17. de off. Praefecti augustalis.* Vgl. die vortreffliche Abhandlung von Rudorff, das Edict des Tiberius Julius Alexander, im Rhein. Mus. für Philol. II. 1828. S. 64–84. 133—190 und übersichtlich Becker-Marquardt cit. S. 209 folg.

16) *L. 1. D. de off. Praes.* (1, 18). *Gai.* I. §§ 6. 100. 105. *cf.* 101. 102.

17) *Dig.* 1, 18. *de off. Praesidis. L. 12. pr. D. de accus.* (48, 2). *L. 3. § 1. D. quod metus causa* (4, 2). *Capitolin. Ver* 4. *Vulc. Gall. Avid. Cass.* 14. u. s. w.

18) Procurator et Praeses provinciae *Orelli* 74. Procurator Caesaris, qui vice Praesidis fungitur. *L. 3. C. I. ubi causae fisc.* (3, 26). *Antonin. a.* 216. *L. 2. C. I. de poenis* (9, 47). *Idem L. 1. C. I. de pedan.* (3, 3). *Gordian. L. 4. C. I. ad leg. Fab.* (9, 20). *Idem.* Procurator Caes. qui partibus Praesidis fungitur. *L. 23. § 1. D. de app.* (49, 1). *Pap. Coll.* XIV. 3. *Ulp. Spartian. Pesc. Niger* 7. Daher provinciae praesidiales im Gegensatz der praetoriae und proconsulares *Lamprid. Alex.* 24. *Vopisc. Prob.* 13. Hiernach scheint mir die Lesart der Florentina in *L. 1. D. de off. Praes.* (1, 18) *Macer.* licet Senatores sunt, *Hal.* sint, nicht sinnlos. Vgl. Mommsen cit. S. 221 Note 13.

19) *Strabo cit. Dio Cass. cit.* Note 5. Daher provinciae proconsulares, consulares, praetoriae und praesidiales. *Capitolin. Marc.* 22. *Lamprid. Alex.* 24.

20) Der Kaiser nahm zeitweise Provinzen des Volks an sich, um sie zu erleichtern (*Tac. Ann.* I. 76. levari proconsulari imperio), ihnen besondre Fürsorge zuzuwenden (*Plin. Ep.* X. 41. quoniam multa in ea emendanda apparuerint) oder eines Krieges wegen (*Capitolin. Marc.* 22. pro belli necessitate), wodurch ihr Recht nicht geändert wurde. *L. 123. § 1. D. de reg. iuris* (50, 17). Aber auch bleibend, so daß mit Einschluß der neu eroberten die Zahl der kaiserlichen Provinzen bis auf Trajan sich um das Dreifache vermehrte.

21) Daß der Kaiser bald auch die Proconsuln willkührlich ernannte, bald dem Senat freie Hand

Allen Statthaltern wies August, um der Versuchung zu widerrechtlicher Bereicherung vorzubeugen, einen nach ihrer Würde abgestuften Staatsgehalt an [22]). Die Klage wegen Erpressungen (accusatio repetundarum) wurde dem Senat überwiesen und deren Erfolg dadurch mehr gesichert als früher durch die Volksgerichte [23]). Endlich mußte auch die Bereisung der Provinzen, die namentlich von August und Hadrian berichtet wird [24]), und die persönliche Fürsorge, die alle tüchtigeren Kaiser im eignen Interesse den Provinzen zuwandten [25]), zu der im Allgemeinen bezeugten Besserung ihres Zustandes [26]) beitragen.

In der Justizverwaltung wurde nichts Wesentliches geändert. Jeder Statthalter hat innerhalb seiner Provinz [27]) die höchste Regierungs- und Richtergewalt (imperium) [28]) in Civil- und Criminalsachen [29]), und vereinigt überhaupt in sich alle

ließ (*Vopisc. Prob.* 13), bereitete nur die spätere Verfassungsänderung vor.

22) *Dio Cass.* 52, 23. 25. 53, 15. Ueber den Betrag s. Becker-Marquardt cit. Note 2059. *Sueton. Claud.* 24. *Capitolin. Pertinax* 2. Ob das Pauschquantum für die Ausrüstung (*Sueton. Oct.* 30.) darin begriffen war, ist nicht klar. Später wurde sie daneben wieder in natura gewährt. *Lamprid. Alex.* 42. *Treb. Pollio Claud.* 15.

23) Rudorff Rechtsg. II. § 104 Note 22.

24) *Sueton. Octav.* 47. *Spartian. Adr. c.* 10. *sqq.* 22. 23. Andren Kaisern gab die Kriegführung dazu Veranlassung.

25) Wie sehr die Provinzen den Schwerpunkt des Reiches bildeten, zeigen u. A. die Trajan in den Mund gelegten Worte an seinen vermeintlichen Nachfolger: Commendo tibi provincias, si quid mihi fatale contigerit. *Spart. Adr.* 4.

26) Für die Zeit des August und Tiberius *Strabo Geogr.* VI. 4, 2. *p.* 288. *cf.* XIII. 8. *p.* 627, unter Antoninus Pius *Capitolin. Ant. P.* 17. Provinciae sub eo cunctae floruerunt. Unter M. Aurel brachen große Unglücksfälle herein. Vgl. Becker-Marquardt cit. S. 293 folg.

27) *L. 1. D. de off. Procons.* (1, 16). *Ulp.* — potestatem suam non exercet, nisi in ea provincia sola, quae ei decreta est. Die freiwillige Legis Actio hat der Proconsul, sobald er die Hauptstadt verläßt. *L. 2. pr. eod.* — *L. 3. de off. Praes.* (1, 18). *Paul.* — dum in provincia est: nam si excesserit, privatus est.

28) *Ulp. L. 8. D. de off. Procons.* (1, 16). *L. 4. D. de off. Praes.* (1, 18). — maius imperium in ea provincia habet omnibus post Principem.

29) *L. 6. § 8. D. de off. Praes.* (1, 18). *Ulp.* Qui universas provincias regunt, ius gladii habent. Selbst der Procurator Caesaris *Coll.* XIV. 3. *Orelli* 3888. Beschränkungen ihrer Strafgewalt in *L. 2. § 1. D. de poenis* (48, 19). *L. 6. § 1. D. de interd. et rel.* (48, 22). Provo-

Zweige der Jurisdiction, die in der Hauptstadt unter verschiedene Beamte getheilt sind [30]). Auch die Specialjurisdiction in Fideicommißsachen wurde ihnen von K. Claudius übertragen [31]). Nur der Quästor, der in den Provinzen des Volks die Einkünfte des Aerars mit richterlicher Gewalt einzieht [32]) und verwaltet, übt jetzt daneben nicht im Auftrag des Proconsuls, sondern selbständig die Polizeigerichtbarkeit der curulischen Aedilen [33]); und den fiscalischen Verwaltern der kaiserlichen Einkünfte in beiderlei Provinzen [34]) (Procuratores Caesaris) [35]), die ursprünglich klagend im Gericht des Statthalters auftreten mußten [36]), wurde durch ein Senatusconsult unter K. Claudius richterliche Befugniß in Fiscalsachen beigelegt [37]). Gewöhnliche Civil- [38]) oder Criminal-Gerichtbarkeit [39]) hatten sie nicht, wenngleich sie sich dieselbe häufig anmaßten [40]) und auch sonst als Träger geheimer kaiserlicher Aufträge mit den Statthaltern in Unfrieden lebten [41]).

cation römischer Bürger statt an das Volk an den Kaiser. *Paul.* V. 26. § 1. *L. 7. D. ad leg. Iul. de vi publ.* (48, 6). *Acta apost.* 28, 10. *sqq.* 26, 32.

30) *L. 7. § 2. D. de off. Procons.* (1. 16). *LL. 10. 11. 12. D. de off. Praes.* (1, 18).

31) *Sueton. Claud.* 23. *Gai.* II. § 278.

32) S. oben § 30 Note 43.

33) *Gai.* I § 6. Vgl. oben § 60 Note 11.

34) *Dio Cass.* 53, 15. *L. 9. pr. D. de off. Procons.* (1, 16).

35) *Dig.* 1, 19. *de officio Procuratoris Caesaris.* Nicht zu verwechseln mit den kaiserlichen Statthaltern dieses Namens. Note 14.

36) *Dio Cass.* 57, 23. Richtergewalt hatte er nur über die fiscalischen Sklaven. *Tac. Ann.* IV. 15.

37) *Tac. Ann.* XII 60. *Sueton. Claud.* 12. Vgl. unten § 81. Das Gericht des Statthalters ist in der Regel ausgeschlossen. *L. 9. pr. D. de off. Procons.* (1, 16). *L. 2. C. Iust. ubi causae fisc.* (3, 26). Eine Ausnahme in *L. 2. C. I. si advers. fiscum* (2, 37). *L. 47. L. 48. L. 50. D. de iure fisci* (49, 14). *cf. L. 1. C. I. ubi et apud quem* (2, 47).

38) *L. 23. § 1. D. de app.* (49, 1). *L. 1. C. I. de ped. iud.* (3, 3). Doch konnten die Partheien auf sie prorogiren. *L. 1. C. I. de iurisd.* (3, 13). *L. 4. C. I. ubi causae fisc.* (3, 26).

39) *Coll.* XIV. 3. *LL. 1. 2. 3. C. I. ubi caus. fisc.* (2, 26). *L. 2. C. de poenis* (9, 47). *L. 4. C. ad leg. Fab.* (9, 20). Auch multae dictio nicht, sondern nur Einziehung der verfügten Brüchte. *L. 2. C. de modo mult.* (1, 54). *L. 1. C. de usur. fisc.* (10, 8).

40) S. die Rescripte in Note 39. *Capitolin. Gordian.* 7.

41) *Tac. Agric.* 9. procul a contentione adversus Procuratores. *Hist.* I. 7. *Sueton. Galba* 9.

Auch die Eintheilung der Provinz in Jurisdictionsbezirke (iuridici conventus, iurisdictiones, διοικήσεις)[42]), in deren Hauptorten der Statthalter selbst[43]) oder sein Vertreter, insbesondere der Legatus Proconsulis, in seinem Auftrag Gericht hält[44]), dauert fort. Desgleichen die Geschwornencollegien, deren Einberufung und Revision das erste Geschäft des Conventes ist[45]).

Von Italien unterscheiden sich die Provinzen auch jetzt noch darin, daß regelmäßig das Gericht des Statthalters die erste Instanz bildet. Allein diese Regel hat wichtige und zum Theil noch zahlreichere Ausnahmen als früher rücksichtlich der mit freier Municipalverfassung begabten Provinzialstädte[46]). Diese sind zwiefacher Art:

Erstens die freien Provinzialstädte (liberae civitates), die zwar von den Kaisern im Einzelnen willkührlich ihrer privilegirten Stellung beraubt, im Allgemeinen, um ihrem ökonomischen Verfall vorzubeugen oder im Sinne der Monarchie, einer strengeren Aufsicht des Statthalters unterworfen wurden, sich aber bis ins dritte Jahrhundert erhielten[47]), und

42) *Plin. H. N.* III. 3. *sqq.* zählt in Hispania ulterior vier, in citerior sieben Conventus u. s. w. V. 29. 30. nennt er sie iurisdictiones. Für διοικήσεις s. Becker-Marquardt cit. Note 894 und 1846.

43) *Tac. Agric.* 9. conventus ac iudicia. *Sueton. Galba* 9. Carthagine nova conventum agens *rel.* *Gai.* I. § 20 ultimo die conventus.

44) Der Auftrag des Legatus Proconsulis, meist für eine bestimmte Diöcese, z. B. in Africa: legatus dioeceseos Carthaginiensis, Hipponensis (Mommsen, Ber. der sächs. Gesellschaft 1852. S. 219) nahm als stehender manches Eigenthümliche an. S. § 71 Note 18—22. Nur daraus erklärt sich, daß er auch Leg. pro Praetore heißt. *Orelli-Henzen* III. *Ind. p.* 112. Becker-Marquardt III. 1. Note 1933.

45) *Plin. Ep.* X. 66. Cum citarem iudices, Domine, conventum inchoaturus, Flavius Archippus vacationem petere coepit ut philosophus. Fuerunt, qui dicerent, non liberandum eum iudicandi necessitate, sed omnino tollendum de iudicum numero *rel.*

46) Auf deren Bedeutung hat unter den Neueren zuerst Walter in den früheren Ausgaben seiner Rechtsgeschichte aufmerksam gemacht, während Savigny sie auf die Städte mit Jus italicum beschränken wollte.

47) Becker-Marquardt cit. S. 254 folg. Walter, Rechtsg. §§ 314. 315. *Plin. H. N.* III. 3. führt sie in Hispanien als oppida libera und foederata auf im Ge-

ihre eigenthümlichen Gerichtsbehörden unter verschiedenen Namen behaupteten[48]).

Zweitens Städte römischer Verfassung, nehmlich die Colonien und Municipien römischer Bürger und Städte latinischen Rechts, die in der Kaiserzeit in fast allen Provinzen in nicht unbedeutender Zahl vorkommen[49]) und insbesondre zur Latinisirung des barbarischen Westens wesentlich beitragen mußten[50]). Von ihrer den italischen Municipien durchaus nachgebildeten Verfassung, insbesondere mit den von der Bürgerschaft erwählten Duumviri iuri dicundo, geben die neuerdings aufgefundenen merkwürdigen Stadtrechte der latinischen Municipien Malaca und Salpensa ein deutliches Bild[51]).

Der Umfang der Municipalgerichtbarkeit in diesen verschiedenen Classen privilegirter Städte war in der früheren Kaiserzeit verschieden[52]). Die fortschreitende Nivellirung aller Theile des Reichs, die durch Ertheilung des römischen Bürgerrechts an alle Einwohner desselben gefördert wurde[53]), mußte

gensatz der stipendiaria, die freilich die große Mehrzahl bilden.

48) In Athen Archonten *Spartian. Adr.* 19., anderwärts Demarchen. *Orelli* 3800. *sqq.* Becker-Marquardt cit. S. 383.

49) In Hispanien unterscheidet *Plin. H. N.* III. 3. coloniae, municipia oder oppida civium Romanorum und Latio antiquitus donata von den Peregrinenstädten, denen sämmtlich Vespasian die Latinität schenkte. *Ibid.* § 30. Gallien wurde frühzeitig und wiederholt durch die einzelnen Stämmen verliehene Civität und Latinität an Rom gefesselt. Becker-Marquardt cit. S. 94.

50) Vgl. dafür die Verhandlung im Senat und die Rede des K. Claudius über die Ansprüche der Aeduer. *Tac. Ann.* XI. 23—25. Den erlauchten Geschlechtern aus Hispanien und Gallien, die hier genannt werden, konnte später das Viergestirn der K. Trajan, Hadrian, Antoninus Pius und M. Aurel hinzugefügt werden. — Die Latinisirung des barbarischen Westens und Nordens mit Einschluß der semitisch-mauritanischen Nordküste von Africa und andrerseits die beharrliche Festhaltung griechischer Cultur im Osten hat frühzeitig die Theilung des Reichs in zwei Hälften vorbereitet.

51) *Orelli-Henzen* 7421. Mommsen, die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca; mit Nachtrag. Leipz. 1855. 4. Leider ist von dem Theil, der die streitige Gerichtbarkeit betraf, nur Ein kleines Bruchstück erhalten.

52) Athen hatte als Freistadt selbst Criminalgerichtbarkeit. *Tac. Ann.* II. 53. Das Verfahren der Duumvirn in der Bürgercolonie Philippi (*Acta Ap.* 16, 22. *sqq.*) war Lynch-Justiz gegen vermeintliche Peregrinen.

53) *L. 17. D. de statu hom.*

auch auf die Ausgleichung dieser Unterschiede hinwirken[54]). Zur Zeit der letzten juristischen Classiker waren die von diesen über die iurisdictio municipalis vorgetragenen Grundsätze, namentlich die Entziehung der Rechte des Imperiums und die Beschränkung auf geringere Civilsachen[55]) allen diesen Provinzialstädten mit den italischen gemein. In den vorbehaltenen Sachen bildete der Statthalter die erste, in allen andern die zweite Instanz[56]). Ausschließlich competent war er auch für die ihm unterworfenen Communen, nicht nur in ihren inneren Streitsachen[57]), sondern auch für Civilklagen Auswärtiger gegen dieselben[58]), und cognoscirte in beiden Fällen, wie es scheint, ohne Geschworne.

Das bürgerliche Recht und die Kaisergewalt.

§ 68. Nachdem die Stellung aller Gerichtsbeamten durch Unterordnung unter die Centralgewalt des Kaisers also verändert war, fragt man billig, welchen Einfluß diese auf das bürgerliche Recht und dessen Anwendung in den Gerichten übte?

Der Kaiser, der als unumschränkter Souverän an Stelle des Volks dem ganzen Staate das Gesetz gab[1]), war auch für das bürgerliche Recht die letztbestimmende Macht. Aber auch

(1, 5). *Ulp.* In orbe Romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.

54) Womit also nicht behauptet wird, daß alle Städte Municipien geworden, da jene Maßregel nur die Individuen, nicht die Verfassung der Communen betraf.

55) Die in den Municipien latinischen Rechts wahrscheinlich galt. Darauf beruht Mommsen's Restitution der *Lex. mun. Mal. c.* 69. Vgl. Stadtrechte S. 403 Note 33. Vgl. oben § 66 Note 20. 21.

56) S. oben § 62 Note 24.

57) *L. 5. D. de extr. cogn.* (50, 13). *L. 37. pr. D. ad mun.* (50, 1). Vgl. § 58 Note 40. 41.

58) *Inscr. Tarracon. Gruter* 209, 1. Berichtigt in Mommsen, Stadtrechte S. 488.

1) S. oben § 62 Note 2 und als Folge dieser vom Volk ihm übertragenen Souveränität *Ulp. cit. L. 1. pr. D. de const. Princ.* (1, 4). Quod Principi placuit, legis habet vigorem. *Gai.* in Note 8 und *Lex de imp. Vesp.* (*Haubold Mon. leg. p.* 233). Quae — acta, gesta, decreta, ab Imperatore — sunt, ea perinde iusta rataque sint, ac si populi plebisve iussa acta essent.

dieß in den Formen der Republik, daher die classischen Juristen die verschiedenen Arten der Rechtserzeugung (Rechtsquellen) durchaus im Anschluß an das alte Staatsrecht verzeichnen [2]).

In erster Stelle steht noch immer der Volksschluß (lex s. plebiscitum), wenngleich von einem selbständigen Willen der römischen Bürgerschaft (populus) nicht mehr die Rede sein konnte. Doch erfuhr August, der sich dieses Weges zur Durchführung seiner zahlreichen Reformen vorzugsweise bediente [3]), als er sie auf das zerrüttete Familienleben ausdehnte, die heftigste Opposition der höheren Stände [4]). Als leere Form unterblieb sie allmählich unter seinen Nachfolgern, und eine um so wichtigere Quelle auch des bürgerlichen Rechts wurde fortan der Vorbeschluß des Senats (senatusconsultum), dem Gesetzeskraft beizulegen man nicht ferner zweifeln konnte [5]). Aber auch hier fand der kaiserliche Wille keinen Widerstand mehr, daher der Gesetzesantrag des Kaisers (oratio Principis) schon für Gesetz galt [6]).

Aber sollte der Kaiser nicht auch direct und in einer ihm eigenthümlichen Form das Recht der Gesetzgebung geübt haben? Eigentliche leges giebt er nur (leges datae), wie frühere Befehlshaber in außerordentlichem Auftrag des Volks, bei Verleihung von Stadtrechten an Communen oder des römischen Bürgerrechts an Einzelne [7]). Aber wenn er in einem richterlichen Urtheil (decretum s. interlocutio), in einem schriftlichen Bescheid (epistola, subscriptio) an Privatpersonen oder Beamte, in den

2) *Gai.* I. §§ 2. *sqq.* *Ulp. fragm.* §§ 1—4. *Dig.* 1, 3. *de legibus senatusque consultis rel.* Vgl. *Cic. top.* 5. S. die hierauf bezüglichen, sorgfältig gearbeiteten Abschnitte in Rudorff's Rechtsg. Bd. I.

3) Dahin gehören die bereits erwähnten Leges iudiciorum privatorum und publicorum, sowie die fast alle Arten des Verbrechens betreffenden speziellen Criminalgesetze, die Einschränkungen der Freilassungen und Andres.

4) Puchta, Instit. § 108 (I. S. 524 folg.)

5) *Gai. cit.* § 4 quamvis fuerit quaesitum. Die für das Civilprozeßrecht bedeutenden Senatusconsulte verzeichnet Rudorff cit. § 53.

6) Rudorff cit. § 54.

7) Mommsen, die Stadtrechte S. 391 folg. Solche Gesetze des K. Domitian sind eben die Stadtrechte von Malaca und Salpensa.

diesen Letzteren ertheilten allgemeinen Instructionen (mandata Principum) oder in einem öffentlich bekannt gemachten Befehl (edictum), dergleichen ja auch die Magistrate von jeher erließen, einen neuen Rechtssatz aufstellte, so mußte auch dieser als von der höchsten Rechtsmacht ausgehend virtuell die Geltung des Gesetzes haben [8]).

Alles dieß verstand sich nach dem einmal angenommenen Princip von selbst. Wichtiger aber ist die Frage, wie der Kaiser sich zu den Formen der freien Rechtserzeugung, der Jurisprudenz und den prätorischen Edicten, der eigentlichen Geburtsstätte des bürgerlichen Rechts in der spätern Republik, stellte?

Es ist dem Sinn eines klar denkenden und willenskräftigen Monarchen durchaus entsprechend, wenn uns von Jul. Cäsar berichtet wird, daß er das bürgerliche Recht habe auf ein bestimmtes Maß, d. h. einen bestimmten Gesetzesbuchstaben zurückführen oder codificiren wollen [9]). Denn der Glaube an ein wirkliches Recht, das im einzelnen Fall gesucht und gefunden werden muß, pflegt Solchen über der Zufälligkeit und Verzögerung des Erfolgs in der Rechtspflege verloren zu gehen und die bestimmte Satzung als feste Grundlage freier Entfaltung der Nationalkräfte ausschließlich von ihnen angestrebt zu werden. Auch konnte es zweckmäßig scheinen, die große Zahl der das

8) *Ulp.* in Note 1 § 1. Quodcunque igitur Imperator per epistulam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est, vel edicto praecepit, legem esse constat. haec sunt, quas volgo constitutiones appellamus. *Gai.* I. § 5. Constitutio Principis est quod Imperator decreto, vel edicto vel epistula constituit: nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat; cum *rel.* Ueber die Auslassung der mandata Principum vgl. Rudorff cit. § 56 Note 18. — Auch die Geltung im ganzen Reich und für immer, außer wenn die Acte eines Kaisers rescindirt wurden, war eine Folge seiner souveränen Macht. Das Exorbitante, daß ein zufällig dem Monarchen entfallenes Wort das Gesetz für Millionen sein sollte, kam ihm doch zuweilen zum Bewußtsein. *Tac. Ann.* XII. 60. saepius audita vox Principis —; ac ne fortuito prolapsus videretur, Senatus quoque consulto cautum *rel.*

9) *Sueton. Iul.* 44. — ius civile ad certum modum redigere (*sc. destinabat*). Nach *Isidor. Orig.* V. 1. hätte schon Pompejus denselben Gedanken gefaßt, an dessen Ausführung Cäsar durch den Tod verhindert wurde.

bürgerliche Recht in verschiedenem Sinne bestimmenden Volksschlüsse, die indeß der Unzahl englischer Parlamentsacte oder unsrer Edicte und Kabinetsordres längst nicht gleich kam, auf ein kurzes, nur das noch Brauchbare enthaltendes Gesetzbuch, ähnlich den Zwölf Tafeln, zu reduciren [10]). Allein auf den Mittelpunkt des praktischen Rechts, das damals noch in der Fortbildung begriffene prätorische Edict war dabei keine Rücksicht genommen [11]). Und wenn wirklich des Dictators Freund, der Jurist A. Ofilius dabei sein Rathgeber war [12]), so steht es dahin, ob dieser der Versuchung widerstanden hätte, seiner Jurisprudenz gesetzliches Ansehen zuzuwenden und der freien Wissenschaft und Rechtsübung unheilbaren Schaden zu thun [13]). Denn dem großen Julier dürfen wir den despotischen Einfall seines halbverrückten Urenkels nicht zutrauen [14]). Keines Falls haben wir es zu beklagen, daß die Entfaltung des römischen Rechts zu seiner höchsten Blüthe nicht durch unzeitige Fixirung gestört wurde.

10) *Sueton. cit.* — atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque ac necessaria in paucissimos conferre libros. *cf. Liv.* III. 34. in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo. Wohl zu merken, Livius spricht von Volksschlüssen überhaupt, deren Erztafeln er wohl im Aerar gesehen hatte, nicht bloß von privatrechtlichen.

11) Anders Rudorff, Zeitschr. für Rechtsg. III. 1. S. 12; aber Sueton sagt nichts davon, und Pomponius *L. 2. § 44. D. de orig. iur.* (1,2) spricht nicht von einer neuen Redaction des Edicts in Cäsars Auftrag, sondern nur von einem Commentar zum Edict, ähnlich den zwei Büchern des Servius ad edictum. Ob freilich Ofilius auch diesen seinem Gesetzbuch zum Grunde gelegt haben würde (s. Note 12), ist unberechenbar.

12) *Pomp. L. 2. § 44. D. de or. iur.* (1, 2) nennt ihn Caesari familiarissimus und Rudorff Rechtsg. I. §§ 65 und 96, nach Andern, vermuthet, daß seine Schriften über die leges und das Edict, das materielle und Prozeßrecht, die Actiones (?), die Grundlage der beabsichtigten Codification sein sollten.

13) Der Großkanzler von Cocceji, des großen Friedrich's Tribonian, ist hierfür ein warnendes Beispiel. Vgl. Trendelenburg, Friedrich der Große und sein Großkanzler, Samuel von Cocceji, in den Abh. der Berliner Akademie 1863. S. 1 folg.

14) *Sueton. Calig.* 34. De iuris quoque consultis, quasi scientiae eorum omnem usum aboliturus, saepe iactavit: se, mehercule, effecturum, ne qui respondere possent praeter eum.

August beschränkte sich weislich auf reformatorische Legislation im Einzelnen und auf Regelung des Verhältnisses der Jurisprudenz zur Rechtspflege. Bis dahin war die Ertheilung von Rechtsgutachten ein frei erwählter Ehrenberuf, besonders der höhern Stände gewesen, und es hing lediglich von dem Ansehen ihres Urhebers oder ihrer sachlichen Begründung ab, welche Geltung der Richter ihnen zugestehen wollte. Zuerst August ertheilte einer bestimmten Zahl ausgezeichneter Juristen in Rom die Befugniß, öffentlich und unter seiner Autorität schriftliche Gutachten auszustellen; und seine Nachfolger folgten diesem Beispiel [15]). Die Folge dieser Einrichtung war, daß nur die Gutachten dieser autorisirten Juristen, natürlich aber auch ihre sonst in Schriften vorgetragenen Meinungen, vor Gericht Geltung hatten [16]), während juristische Praxis, Schriftstellerei und Rechtsunterricht Andern deshalb nicht verboten war. Von selbst mußte sich auch der Grundsatz feststellen, daß der Richter an die übereinstimmende Meinung der autorisirten Juristen (s. g. communis opinio) wie an das Gesetz gebunden sei, im Fall der Controvers aber aus innern Gründen sich für die eine oder andre Ansicht zu entscheiden habe, was Hadrian in einem Rescript ausdrücklich bestätigte [17]). Offenbar war hiermit nicht sowohl die Rechtswissenschaft als die freie Rechtsschöpfung der

15) *Pomp. L. 2. § 47. D. de orig. iur.* (1, 2). Ante tempora Augusti publice respondendi ius non a Principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant. neque responsa utique signata dabant: sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur, qui illos consulebant. Primus D. Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. — Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet. Daß Hadrian diese Einrichtung nicht wieder aufgehoben, führt Puchta, Instit. I. S. 577 überzeugend aus. Daß die Gutachten versiegelt werden mußten, sagt Pomponius nicht.

16) *Gai.* I. § 7. Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Vgl. Puchta cit. S. 582 folg.

17) *Gai. cit.* quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, iudici licet, quam velit, sententiam sequi: idque rescripto D. Hadriani significatur.

Geschwornen im Sinne der Monarchie beschränkt. Ein Verlust war dieß insofern nicht, als die erstere bereits alle von dieser dem Leben entnommenen Rechtselemente, als die Präjudizien des Centumviralgerichts, die Grundsätze des Officium Judicis über bona fides u. A., in sich aufgenommen und weiter entwickelt hatte.

Noch bedeutender ist aber die Einschränkung, welche das ius edicendi der Magistrate erfuhr. Zwar in der ersten Kaiserzeit wurden die Edicte der beiden Prätoren und der Aedilen in Rom, der kaiserlichen und senatorischen Statthalter und der Quästoren in den Provinzen beim Amtsantritt dieser Magistrate nach wie vor aufgestellt und im Einzelnen durch Zusätze vermehrt und abgeändert[18]. Allein nachdem das Jus honorarium sich zu einem abgeschlossenen System ausgebildet hatte, mußte das Bedürfniß solcher Zusätze und Aenderungen von selbst schwinden, und überdieß stand diese fast legislative Befugniß der Beamten mit der absoluten Monarchie in unverkennbarem Widerspruch. Die sicher beglaubigte Nachricht kann daher nicht überraschen, daß Hadrian die Edicte, nehmlich einerseits die beiden prätorischen und das ädilicische für Rom und die italischen Municipien, und andrerseits das der Statthalter für die Provinzen[19], durch den berühmten Juristen Salvius Julianus habe einheitlich redigiren und durch ein Senatusconsult für unabänderlich (edictum perpetuum *sic*) erklären lassen[20]. Auch stimmt es damit vollkommen überein, daß die späteren Classiker diese Edicte zwar noch als von den Magistraten zur Nachachtung öffentlich aufgestellt, aber in ihrem Inhalt als feststehendes Gesetz behandeln[21].

18) Beispiele s. bei Puchta Instit. S. 561 folg.

19) In ersterer Beziehung folge ich Rudorff's (Note 19), in letzterer Walter's (Rechtsg. § 440) Ansicht, da des Gaius' Commentare ad edictum urbicum und ad edictum provinciale deren Geschiedenheit mir zu beweisen scheinen. Das Provinzialedict verlor durch die fortschreitende Ausgleichung des Rechts seit Caracalla seine Bedeutung, daher die spätern Juristen nur noch das städtische als Edict schlechthin commentirten.

20) *Const. Tanta* oder *L. 2. § 18. C. Iust. de vet. iur. enucl.* (1, 17). *Iustinian. Const. Δέδωκεν* § 18. *L. 10. C. I. de cond. ind.* (4, 5). *Eutrop.* VIII. 9. *Aur. Vict. de Caesar.* 19.

21) Vgl. Puchta cit. S. 563

Durchweg war also das Gericht, unsrer modernen Anschauungsweise gemäß, des Antheils an der Rechtserzeugung beraubt und auf die Anwendung des von der höchsten Staatsgewalt geschaffenen oder bestätigten Rechts beschränkt. Zu letzterem gehörte auch das wissenschaftliche Recht, das eben in dieser Zeit seine vollkommenste Entfaltung, seine höchste Blüthe erreichte. Im Anschluß an den festen Kern des authentisch verzeichneten Rechts (ius scriptum), von den Zwölf Tafeln bis zu den neuesten Volksschlüssen, Senatusconsulten, kaiserlichen Constitutionen und dem julianischen Edict, zeigen die erhaltenen Bruchstücke dieser classischen Jurisprudenz die klarste Intuition, den sichersten Besitz der Rechtsbegriffe und ihre consequenteste Entwicklung und Anwendung auf die Mannichfaltigkeit der Lebensverhältnisse [22]). Sie bildet nicht nur einen der glänzendsten, für alle Zeiten leuchtenden Punkt antiker Geistescultur, sondern muß schon zu ihrer Zeit inmitten des Verfalls und der Auflösung aller öffentlichen Verhältnisse der bürgerlichen Rechtspflege zu Gute gekommen sein.

Excurs I.

Obrigkeitliche und Richtergewalt [1]).

§ 69. Der römischen Lehre von der obrigkeitlichen Gewalt im Allgemeinen und der richterlichen insbesondre, wie sie die juristischen Classiker in Definitionen, Divisionen und tech-

folg.; überhaupt Rudorff, Rechtsg. § 97 und dessen die Restitution des Edicts vorbereitenden Aufsatz in seiner Zeitschr. für Rechtsg. III. 1. S. 1 folg.

22) Daß dieß nicht Standesvorurtheil der neuern Civilisten ist, dafür mag ein Zeuge von allgemein wissenschaftlichem Geiste wie Leibnitz angerufen werden, der indeß nach dem Stand der romanistischen Jurisprudenz seiner Zeit mehr das Zweite, die mathematische Sicherheit der Schlußfolgerungen, als das Erste, die klare Intuition der Begriffe, hervorhebt.

1) *Dig.* 2, 1. *de iurisdictione. Cod. Iust.* 3, 13.

nischer Terminologie vortragen, liegen Rechtsbegriffe zum Grunde, die in der ältesten Zeit Roms wurzeln und mit der ihnen eigenthümlichen Continuität in den verschiedenen Phasen seiner Verfassungsgeschichte sich fortgebildet haben.

Die obrigkeitliche Gewalt A) des Königs (rex) hieß imperium, abgeleitet von dem imperium des römischen Volkes [2]), welches ihm nach seiner Erwählung diese Vollmacht durch einen zweiten Volksschluß (lex curiata de imperio) auf Lebenszeit übertrug [3]). Sie enthielt die allgemeine Vertretung des Staats nach Außen in Krieg und Frieden, nach Innen durch Gebot (imperium) und Rechtsspruch (iuris dictio), also die gesammte an das Gesetz gebundene Executive (imperium legitimum) [4]). Das Gesetz selbst aber kam auf seinen Antrag durch Beschluß der Bürgerschaft zu Stande. Andre Beamte neben ihm konnten nur von ihm bestellte Unterbeamte sein [5]).

B) In der Republik hingegen ist es eine Mehrzahl von Beamten des römischen Volks (Magistratus [6]) populi Romani), die ihre Amtsgewalt (potestas) im Namen des Volkes üben und im Abglanz seiner Majestät die obrigkeitliche Würde (honor) tragen [7]). Aber noch in zwiefacher Weise:

2) Imperium und maiestas bezeichnen die Herrschaft und Hoheit des römischen Volks in der solennen Formel der Bündnißverträge. *Cic. pro Balbo* 16. *Liv.* 38, 12.

3) *Cic. de re publ.* II. 13. Numa Pompilius wird aus der Fremde zum Könige berufen und, als er erscheint, durch persönliche Bevollmächtigung das staatsrechtliche Band geknüpft. Vgl. Rubino, römische Verfassung S. 376. Die Unterscheidung der Wahl und Bevollmächtigung blieb dann für die folgenden Könige (*ibid. c.* 17. 18. 20. 21.) und später für die Magistrate staatsrechtlicher Grundsatz. Mommsen's (Forschungen S. 270) Vorstellung von der Lex curiata als „Treuegelobung" oder Huldigung scheint mir unrömisch.

4) S. oben § 19 Note 1.

5) So die Duumviri perduellionis (*Liv.* I. 26.), die Quästoren, wenn auch populi suffragio, vom Könige bestellt. *Ulp. L. un. pr. D. de off. Quaest.* (1, 13). *Tac. Ann.* XI. 22. Rubino, röm. Verf. S. 310 folg.

6) Magistratus, abgeleitet von magister, z. B. magister populi der Dictator, magister equitum der Führer der Reiterei u. s. w. (*Varro de LL.* V. 14. (82). *Paul. L. 57. pr. D. de verb. sign.* (50, 16). *Festus epit. v. Magisterare*), ist zunächst das Amt, dann auch der Beamte.

7) Nicht als „unentgeltliche Ehrenämter", Becker, röm. Alterth. II. 2.

1) Ungetheilt ging das königliche Imperium, d. h. die allgemeine Vertretung des Staates über auf die beiden Consuln [8]); desgleichen auf ihren dritten Collegen, den Prätor urbanus, jedoch ihnen gegenüber als ein schwächeres (minus imperium) [9]), und ebenso später auf die Mehrzahl von Prätoren, vorbehaltlich der Anweisung eines bestimmten Geschäftskreises (provincia) [10]). Endlich als die Consuln und Prätoren regelmäßig erst nach Ablauf ihres Amtsjahres (pro Consule, pro Praetore) ein Commando und die Verwaltung einer unterthänigen Landschaft (provincia) übernahmen, wurde das Imperium ihnen zu diesem Behuf verlängert (imperium prorogatum) [11]). Magistratus prove magistratu bezeichnet jetzt die ordentlich oder außerordentlich übertragene Amtsgewalt [12]), letztere heißt auch imperium im Gegensatz von magistratus [13]). Auch alle diese Beamten bedürfen in Folge ihrer Erwählung und des Amtsantritts der Bekleidung mit dieser höchsten bürgerlichen Gewalt innerhalb der Stadt, der militärischen außerhalb, durch eine, jetzt nur zum Schein durch dreißig Lictoren vollzogene, lex curiata de imperio [14]). Ihr höchstes obrigkeitliches Ansehen schützen, den Ungehorsam strafen sie nicht nur durch Brüchte (multae), sondern auch durch Gefängniß (carcer) und körperliche Züchtigung (verberibus) [15]), und gebrau-

S. 7. Vgl. unten Note 42. Dem Imperium der höhern Magistrate wird selbst maiestas zugeschrieben. *L. 11. D. de iust. et iure* (1, 1). Praetor salva maiestate imperii sui.

8) *Cic. de leg.* III. 3. Regio imperio duo sunto. *de re publ.* II. 32. Uti Consules potestatem haberent tempore duntaxat annuam, genere ipso ac iure regiam. *Liv.* II. 1. Für das imperium individuum vgl. *L. 11. pr. D. ad mun.* (50, 1).

9) Messala augur und C. Tuditanus bei *Gell.* XIII. 15.

10) Für die Geschichte dieses wichtigen staatsrechtlichen Begriffs s. Mommsen, die Rechtsfrage zwischen Cäsar und dem Senat S. 4 folg.

11) Becker-Marquardt, röm. Alterth. II. 3. S. 168 folg.

12) *Lex rep. C. I. lat. I. p.* 62. LXX. *Lex agrar. p.* 85. LXXXVII. *Lex Rubria c.* 20 *lin.* 51. *p.* 116.

13) Magistratum inperiumve inire, petere, gerere, habere, ex magistratu inperiove abire. *Lex tab. Bant. C. I. lat. I. p.* 45. *lin.* 17. 19. *Lex rep. p.* 57. *r.* 8. 9. *p.* 58. IX.

14) Vgl. Rubino cit. S. 360 folg. Mommsen cit. S. 12 folg.

15) *Cic. de leg.* III. 3. Iusta

chen dazu den königlichen Lictor, durch den sie den Entfernten rufen (vocatio), den Gegenwärtigen ergreifen lassen (prensio)[16], aus dessen Ruthenbündel (fasces) nur innerhalb der Stadt, in Anerkennung der höchsten Strafgewalt des Volks, das Beil entfernt wird.

2) Andern Magistraten des römischen Volks ist nur ein Geschäft (negotium) oder Geschäftszweig übertragen, sie entbehren daher das imperium und seine Rechte, obgleich es auch ihnen an obrigkeitlicher Gewalt überhaupt (potestas) nicht fehlt[17]. So die Censoren, weil sie nicht den Staat nach Innen und Außen vertreten, sondern nur ein einzelnes, vom Consulat abgezweigtes Geschäft, den Census und was damit zusammenhängt, besorgen[18], obgleich sie, weil im Comitiatus maximus gewählt und mit höheren Auspicien versehen, zu den magistratus maiores gerechnet, ja als die höchste aller republikanischen Würden betrachtet wurden[19]. Ferner die mit der Verwaltung des Aerars betrauten Unterbeamten der Consuln und Proconsuln, die Quästoren, und die curulischen Aedilen, denen nur städtische Polizeigeschäfte oblagen[20]. Desgleichen alle andern in Tributcomitien gewählten und die höheren Auspicien entbehrenden magistratus minores[21],

imperia sunto. — Magistratus nec obedientem et noxium civem multa, vinculis, verberibusve coërceto. *Ulp. L. 2. D. de in ius voc.* (2, 4). Magistratus qui imperium habent, qui coërcere aliquem possunt et iubere in carcerem duci.

16) Varro bei *Gell.* XIII. 12 13.

17) *Festus epit.* (*M. p.* 50.) v. Cum imperio est dicebatur apud antiquos, cui nominatim dabatur a populo imperium. Cum potestate est dicebatur de eo, qui a populo alicui negotio praeficiebatur.

18) Rubino cit. S. 375 Note. Die Censoren hatten keine Lictoren, sondern nur Viatoren und Präcones, vgl. Mommsen de app. mag. Rhein. Mus. 1848. S. 22. *Orelli-Henzen* 6555, und nicht die vocatio populi viritim. *cf. Gell.* XIII. 13.

19) Becker cit. II. 2. S. 196. *cf. Gell.* XII. 15. 16. Die Reihenfolge der Magistrate in öffentlichen Urkunden ist ursprünglich Dic. Cos. Pr. Mag. Eq. Cens. *Lex tab. Bant. C. I. lat.* I. *p.* 45. *lin.* 15. *Lex rep. p.* 58. VIII. Später steht der Censor zwischen dem Consul und dem Prätor. *Orelli-Henzen cit. Liv.* 41, 9.

20) Varro in Note 16.

21) *Gell.* XIII. 15.

deren Zahl zu ordentlichen oder außerordentlichen Verwaltungen (curatio)[22]) gegen Ende der Republik noch vermehrt wurde[23]). Erschöpfend wird daher alle Amtsgewalt, in beliebtem dualistischen Ausdruck, durch imperium potestasve bezeichnet[24]). Aber auch die potestas, die nicht imperium ist, wird durch eine lex curiata übertragen, mit Ausnahme der Censoren, die sie von dem zum Behuf des Census versammelten Comitiatus maximus empfangen[25]). Zum Schutz ihres Ansehens und zur Strafe des Ungehorsams muß die Pfändung (pignoris capio) und die Ansage einer Ordnungsstrafe (multae dictio) genügen[26]). Ganz anomal ist die Stellung der Volkstribunen. Imperium können sie nicht haben, weil sie überhaupt nicht magistratus populi Romani, sondern nur Vertreter der Plebs sind. Ihre Amtsbefugniß (tribunicia potestas) ist nur durch die Heiligung ihrer Person, durch Verhaftung der Widerstrebenden (prensio)[27]) und Berufung der Gemeinde geschützt[28]).

3) Die eigenthümlichen Obrigkeiten verbündeter Städte in Italien (socii nomenque Latinum) und in den Provinzen (civitates foederatae, liberae) rangirten ursprünglich gar nicht mit den Magistraten des römischen Volks, sind aber in Erfüllung der Bundespflicht deren Gewalt (imperium, potestas) unterworfen. Ihnen selbst imperium oder potestas im technischen Sinne zuzuschreiben, konnte daher gar nicht in Frage kommen. In den Communen römischer Bürger (municipia, coloniae civium Romanorum, praefecturae) aber, die Theile des römischen Gemeinwesens bilden, hatten die

22) *Lex agr. a.* 643. *C. Inscr. lat.* I. *p.* 85. LXXXVII. pro eo imperio iudicio [*curationeve*, wenn richtig restituirt]. *cf. SC. de imp. Vespas. Haub. Mon. p.* 222. Magistratum potestatem imperium curationemve cuius rei.

23) Becker cit. II. 2. S. 358. Ueber die zahlreichen Curatores seit August s. Walter, Rechtsg. § 296.

24) *Lex rep. p.* 62. LXX. *Lex Rubria c.* 20. *lin.* 51. pro quo imperio potestateve erit.

25) *Cic. de lege agr.* II. 11. 12.

26) S. oben § 30 Note 29. 30.

27) Varro in Note 16.

28) Insbesondre zum Behuf der multae irrogatio. S. oben § 30 Note 48.

Magistrate (Duumviri, Aediles, Praefecti u. s. w.) zwar von jeher eine analoge Amtsgewalt, die aber, weil sie nur ihre Commune, nicht das römische Volk vertraten, überdieß dessen Obrigkeiten untergeordnet waren, nicht imperium, sondern nur potestas heißen konnte [29]).

C) In der Kaiserzeit wird, um die factische Souveränität des Kaisers mit der Fiction des fortdauernden Freistaats auszugleichen, das Imperium des römischen Volks selbst beim Regierungsantritt durch einen Volksschluß auf ihn übertragen [30]). Das imperium des Kaisers bezeichnet also die höchste, uneingeschränkte Staatsgewalt, mit Einschluß des Rechtes der Gesetzgebung und mit unbedingtem Uebergewicht über alle andren Gewalten [31]).

Als höchste Amtsbefugniß wird imperium nicht nur allen magistratus maiores, also den Consuln, Prätoren und Statthaltern des römischen Volks, nach wie vor zugeschrieben (die Censur wurde neben der Praefectura morum des Kaisers nicht mehr regelmäßig besetzt), sondern auch den hohen kaiserlichen Beamten, sowohl in der Stadt, z. B. dem Präfectus Urbi [32]), als in den Provinzen, den kaiserlichen Statthaltern [33]), die unmöglich an Macht jenen nachstehen konnten [34]). Bemer-

29) *Lex Iulia mun. C. I. lat.* I. *p.* 121. *lin.* 83. *sq.* Magistratum potestatemve. *p.* 122. *lin.* 131. maxumam potestatem. *lin.* 133. Magistratum potestatemve. Ersteres bezeichnet das ordentliche Municipalamt, dieses das außerordentliche. Auch *Lex Rubria c.* 20. *lin.* 51. Magistratus prove magistratu — pro quo imperio potestateve erit, begreift unter Letzterem die Municipalmagistrate mit, deren Intercession (*cf. Lex mun. Fl. Mal. c.* 27.) gleichfalls ausgeschlossen wird.

30) S. oben § 62 Note 2. *Ulp.*: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. *Gaius*: cum ipse Imperator per legem imperium accipiat Der Name des Volksschlusses ist, nach Niebuhr, von der königlichen lex curiata de imperio entlehnt.

31) S. § 62 Note 3. 6. 7. *Tac.* — cetera imperia praemineret.

32) *L. 12. § 1. D. de iudiciis* (5, 1).

33) *Gai.* I. §§ 98. 105. *Ulp.* VIII. 25.

34) *L. 2. D. de in ius voc.* (2, 4). *Ulp.* In ius vocari non oportet neque Consulem neque Praefectum neque Praetorem neque Proconsulem neque ceteros magistratus, qui imperium habent.

kenswerth aber ist der veränderte Sprachgebrauch, nach welchem jetzt potestas im prägnanten Sinne die höchste Art des Imperiums, die Criminalgewalt (gladii potestas) bezeichnet[35]), und daß deshalb den ordentlichen Magistratus (populi Romani) in Rom, den Consuln, Prätoren u. s. w., denen sie fehlt, die mit dieser höchsten Gewalt, imperium und potestas, bekleideten Beamten[36]), also die Präfecten in der Stadt[37]) und die Statthalter in den Provinzen als Potestates entgegengesetzt werden[38]).

Beides, imperium und potestas in diesem prägnanten Sinne, wird abgesprochen den magistratus minores[39]), worunter jetzt vorzugsweise die Municipalmagistrate in Italien und in den Provinzen verstanden werden[40]), die auch magistratus schlechthin[41]) und honores im Gegensatz der Mu-

35) *L. 215. D. de verb. sign.* (50, 16). *Paul.* Potestatis verbo plura significantur: in persona magistratuum imperium. Die nähere Bestimmung giebt *L. 3. D. de iurisdict.* (2, 1). *Ulp.* Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. *Paul.* V. 26. § 1. qui aliqua potestate praeditus civem Romanum — ad Imperatorem appellantem necarit *rel. L. 7. D. ad leg. Iul. de vi publ.* (48, 6). *Ulp.* qui, cum imperium potestatemve haberet, civem Romanum *rel.*

36) *L. 1. § 1. D. ad legem Iul. mai.* (48, 4). *Ulp.* Magistratus populi Romani quive imperium potestatemve habet. *L. 26. § 2. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *Ulp.* quos — in ius vocare non licet, ut Consulem, Praetorem ceterosque, qui imperium potestatemve quam habent. Vgl. Note 40.

37) *L. 3. D. de off. Praef. Urbi* (1, 12). potestatem. *L. 2. § 33. D. de or. iur.* (1, 2). *Pomp.* Praefectus annonae et vigilum non sunt magistratus.

38) *L. 8. D. de accus.* (48, 2). *Macer.* Magistratum potestatemve. *L. 3. § 3. D. de receptis* (4, 8). *Ulp.* in aliquo magistratu positus vel potestate. *L. 13. § 1. D. de iurisd.* (2, 1). *Ulp.* Magistratus — vel is qui in potestate aliqua sit, utputa Proconsul vel Praetor (?) vel alii qui provincias regunt. *L. 3. § 1. D. de reb. eor.* (27, 9). *Ulp.* Praesidis vel alterius potestatis. *Sueton. Claud.* 23. Iurisdictionem de fideicommissis — in Urbe magistratibus, — per provincias potestatibus demandavit.

39) *L. 32. D. de iniur.* (47, 10). *Ulp.* ex minoribus magistratibus, id est qui sine imperio aut potestate sunt magistratus.

40) *Paul.* V. 5a. § 1. qui imperium potestatemque habent, — itemque a magistratibus municipalibus.

41) Z. B. in *Dig.* 27, 8 *de ma-*

nicipalämter ohne Würde (munera)[42]) genannt werden, deren Amtsbefugniß also nur potestas im weiteren Sinne heißen kann[43]).

§ 70. Wie verhält sich nun zu diesen verschiedenen Arten obrigkeitlicher Gewalt die Gerichtbarkeit überhaupt, in Civil- und Criminalsachen?

A) Die Civilgerichtbarkeit (iurisdictio)[1]) war, als Gewähr der bürgerlichen Rechtsordnung im Staate, zu allen Zeiten ein wesentlicher Bestandtheil des imperium[2]), d. h. der höchsten obrigkeitlichen Gewalt des Königs, der Consuln, Prätoren, Proconsuln, Proprätoren u. s. w. Da sie indeß nur die Eine Hälfte des Imperiums bildet, so wird nach einem natürlichen, in vielen Anwendungen vorkommenden Sprachgebrauch die andere Hälfte, das Imperium, welches nicht iurisdictio ist, als imperium schlechthin ihr entgegengesetzt[3]). Diesen Gegensatz bestimmen die römischen Juristen aber mehr nach der Form der magistratischen Thätigkeit als nach ihrem Gegenstande und sprechen von iurisdictio überall, wo die Obrigkeit einen Rechtsstreit durch ihren Rechtsspruch (ius dicere) und in Anwendung der Gesetze auf erwiesene Thatsachen entscheidet, also vorhandene Rechte anerkennt; von imperium, wo sie nach freiem

gistratibus conveniendis. L. 4. § 2. D. de damno infecto (39, 2) und sonst oft.

42) *Dig.* 50, 4. *de muneribus et honoribus. L. 14. pr.* Honor municipalis est administratio rei publicae cum dignitatis gradu *rel.* § 1. Munus — sine titulo dignitatis *rel. Lex mun. Fl. Mal. c.* 51. honorem petere. *c.* 52. in honore esse. *c.* 63. tempus honoris sui.

43) *Lex mun. Fl. Salp. c.* 25. id ius eaque potestas. — quod ius quaeque potestas hac lege Duumviris — datur.

1) Bezeichnet nie die Criminalgerichtbarkeit, auch nicht in *L. 1. § 1. D. de off. ei. cui mand.* (1, 21) und *L. 6. § 10. D. de iniusto* (28, 3). (iurisdictio = Competenz), weil der Rechtsspruch im Civilprozeß, im Criminalprozeß die Strafe das Ziel ist. Vgl. oben § 12.

2) *L. 3. D. de iurisd.* (2, 1). imperium, cui iurisdictio inest.

3) *L. 1. § 1. D. de off. ei. cui mand.* (1, 21). *Paul.* imperium quod iurisdictioni cohaeret. *L. 5. § 1. eod. Paul.* Mandata iurisdictione privato, etiam imperium — videtur mandari. *L. 6. § 2. D. de tutelis* (26, 1). *Ulp.* neque imperii, neque iurisdictionis.

Ermessen mit Befehl (imperium)[4]) und Zwang (coercitio)[5]) einschreitet. Dieses letztere thut sie nun freilich hauptsächlich im Interesse des Staats, indem sie die Unterthanen zu gesetzlichen oder vertragsmäßigen Leistungen anhält[6]) oder polizeilich über Ruhe und Ordnung wacht; Jenes wenn einzelne Unterthanen unter sich über ihre Privatrechte streiten. Allein diese an sich fließende Grenze der Regierungs- und Civiljustizsachen[7]) scharf zu ziehen, hatten die Römer um so weniger Veranlassung, da beiderlei Befugnisse, Verwaltung und Justiz, regelmäßig in Einer Hand vereinigt waren und sowohl in jener vielfach gerichtlich, also mit iurisdictio[8]), in dieser befehlend und zwingend, also mit imperium, verfahren werden mußte[9]). Hiernach kann es nicht auffallen, daß die römischen Juristen selbst mit Rücksicht auf diese verschiedenen Gesichtspunkte den Gegensatz von imperium und iurisdictio als einen schwankenden bezeichnen[10]).

Am bestimmtesten hat der Begriff der iurisdictio sich ausgebildet in dem Amte des Prätors, weil dieses für die Civilrechtspflege gegründet und mit einer fortlaufenden Verwaltung nicht betraut war. Seinem Vorbild aber folgten in diesem Geschäftszweig auch die Provinzialstatthalter. Sie begreift:

1) die Entscheidung von Privatrechtsstreitigkeiten aller Art, in sicherem Rechtsgang und nach feststehenden Rechtsnormen, Gesetzen, Edicten u. s. w. und zwar entweder

4) Das römische imperium begreift, wie das altdeutsche Wort Bann, den Befehl selbst und das Recht dazu. *L. 14. D. de re iud.* (42, 1). Note 12. contrario imperio.

5) Vgl. Rubino cit. S. 374 Note 1 und *L. 5. § 1. cit.* sine modica coercitione.

6) Z. B. *Cic. Verr.* V. 17. *sqq.* civitatibus naves, nautas, milites, frumentum imperare s. remittere.

7) Man denke an den alten Grenzstreit und die neuerdings aufgekommene Administrativjustiz.

8) Dieß schon, weil Steuern und Zölle verpachtet wurden, der Streit darüber also zwischen dem Verpflichteten und dem Pächter zu entscheiden war. S. z. B. *Cic. Verr.* II. 13. Inter aratores et decumanos lege frumentaria, quam Hieronicam appellant, iudicia fiunt.

9) S. Note 23.

10) *Paul. L. 26. pr. D. ad mun.* (50, 1). magis imperii quam iurisdictionis. Note 24.

durch das eigene Urtheil des Prätors (iudicare) oder auf sein Geheiß durch Geschworne (iudicari iubere) [11]). Auch Letzteres wird zur iurisdictio gerechnet, obgleich es der Form und der nächsten Wirkung nach eine Handlung des Imperiums ist [12]). Wir haben gesehen, wie diese beiden Wege in der Periode der Legis Actiones neben einander bestanden, der erste aber je länger je mehr eingeschränkt wurde [13]). Auch nach Abschaffung der Legis Actiones wurde das gesetzliche Recht des Prätors, selbst zu untersuchen und zu urtheilen, nicht aufgehoben [14]); aber durch Aufstellung der Formulae in seinem Edict, an das er gebunden war, hatte er auf die Ausübung desselben mit Ausnahme weniger Fälle verzichtet [15]). Ob aber der einzelne Fall zu diesen Ausnahmen gehöre, oder unter die Regel falle, hatte er zu beurtheilen [16]). Die kaiserliche Gesetzgebung vermehrte die Ausnahmefälle der eignen Cognition des Magistrats (extraordinariae cognitiones) [17]), so jedoch, daß auch diese zur iurisdictio im eigentlichen Sinne gerechnet werden [18]); ja nicht minder

11) *Cic. de leg.* III. 3. Iuris disceptator, qui privata iudicet iudicarive iubeat, Praetor esto. Beides wird auch in iudicium zusammengefaßt. *Lex agrar. a.* 643. *C. I. lat.* I. *p.* 85. LXXXVII. queive pro eo imperio iudicio [*curationeve erit*]. *cf. Cic. adv. Rull.* II. 13. summo cum imperio iudicioque. *L. 2. § 8. D. de iud.* (5, 1). Als zwei Arten des ius dicere unterscheiden *Lex agr. p.* 81. XXXIII. *sqq.* decernere oder iudicium, iudicem, recuperatoresve dare. *Lex Rubria c.* 21. *lin.* 23. *c.* 23. *lin.* 57. *sqq.*

12) *L. 3. D. de iurisd.* (2, 1). *Ulp.* Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia. *L. 14. D. de re iud.* (42, 1). *Celsus.* Quod iussit vetuitve Praetor, contrario imperio tollere potest: de sententiis contra. *cf. L. 58. D. de iud.* (5, 1). *Paul.* Iudicium solvitur vetante eo, qui iudicare iusserat.

13) S. oben §§ 22—25.

14) S. Note 11.

15) Daher *Cic. ad Quint. fr.* I, 2, 3. Quid? Praetor solet iudicare deberi? Zu den Ausnahmefällen gehörte z. B. die accusatio suspecti tutoris nach den Zwölf Tafeln und dem prätorischen Edict. *L. 1. pr. §§ 2. 5. D. de susp. tut.* (26, 10). In den Fällen der in integrum restitutio hatte er sich ausdrücklich die cognitio vorbehalten.

16) *L. 8. L. 9. D. de off. Praes.* (1, 18).

17) S. unten § 82 Note 15. 16. Daher *Paul.* V. 5ª. § 1. Res iudicatae videntur ab his, qui imperium potestatemque habent, vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur.

18) So z. B. *Sueton. Claud.* 23. iurisdictione de fideicommissis. *Gai.* II. §§ 278. *sq.*

die Communalsachen, in denen der Provinzialstatthalter gerichtlich verfährt und entscheidet[19]).

2) Die präventiven und executiven Machtgebote des Prätors (imperia) gehören zwar, weil im Interesse eines Rechtstreits und auf Antrag der streitenden Theile erlassen, auch zu seiner Civilrechtspflege (iurisdictio); aber der Form und Wirkung nach, weil sie ohne förmlichen Prozeß nach freiem Ermessen und mit höherer Machtvollkommenheit gegen jeden Widerspruch durchgeführt und eben so willkührlich zurückgenommen werden können[20]), sind sie Ausflüsse seines Imperiums. In diesem Sinne setzten wir (im ersten Abschnitt) der Legis Actio den Rechtsschutz durch Imperium, die Interdicte, entgegen, denen überdieß ein polizeiliches Interesse sich beimischte[21]). In der Zeit der Formulae sind diese zwar zum Rechtswege verwiesen[22]). Aber von den Besitzeinweisungen (missiones in possessionem) und gerichtlichen Cautionen (praetoriae stipulationes), durch welche dem Rechtsstreit vorgebeugt oder sein Erfolg gesichert wird, die also insofern zur iurisdictio gehören[23]), sagen die römischen Juristen in demselben Sinne, sie seien magis imperii quam iurisdictionis[24]). Ja sie behaupten dasselbe von der in integrum restitutio[25]), ob-

19) *L. 5. D. de extr. cogn.* (50, 13). *Callistratus de cognitionibus.* Cognitiones – de honoribus sive muneribus. *cf. L. 37. pr. D. ad mun.* (50, 1).

20) *L. 14. D. de re iud.* (42, 1) in Note 12.

21) S. oben § 54.

22) S. unten § 98.

23) Für missio in poss. *L. 1. pr.* D. *ne vis fiat ei* (43, 4). *Ed. Praet.* eiusve cuius ea iurisdictio fuit. Für Cautionen *L. 1. § 10. D. de stip. praetoriis* (46, 5). praetoriae iurisdictionis.

24) *L. 4. D. de iurisd.* (2, 1). *Ulp.* Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis. Von der Ertheilung der bonorum possessio sagt wesentlich dasselbe *L. 3. D. eod. Ulp.* Mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia. Ursprünglich war sie eine missio in possessionem, s. oben § 42 Note 7; und auch später, wenngleich nur formelle Bedingung des Erbrechts, dem Begriff nach Ertheilung desselben.

25) *L. 26. pr. D. ad mun.* (50, 1). *Paul.* Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. § 1. Magistratibus municipalibus non permittitur

gleich der Prätor bei dieser in förmlichem Prozeßgang untersucht (causae cognitio) und durch ein Urtheil (decretum, sententia) entscheidet, weil er dabei nicht vorhandene Rechte anerkennt, sondern nach freiestem Ermessen Rechte nimmt und giebt [26]).

3) Auch die Legalisirung gewisser Rechtsgeschäfte (manumissio, adoptio, in iure cessio) wird zur iurisdictio gerechnet, aber als iurisdictio voluntaria von der contentiosa unterschieden [27]), weil die Partheien ihren Willen in Form eines fingirten Rechtsstreits ältester Form (legis actio), also unter der Autorität des Magistrats erklären [28]) und dieser ihm durch seinen Machtbefehl (addictio) allgemeine Anerkennung sichert [29]). Insofern wird die Wirkung des Rechtsgeschäfts auf sein imperium zurückgeführt [30]) und das Recht dazu nur den höheren Magistraten, dem Consul, Prätor, Provinzialstatthalter zugeschrieben [31]).

Auch in der Gewalt (potestas) der Municipalmagistrate (Duumviri), als der höchsten Obrigkeit der Stadtgemeinde, ist mit der Verwaltung der städtischen Angelegenheiten (administratio rei publicae) [32]) die Civilrechtspflege (iuris-

in integrum restituere, aut bona rei servandae causa iubere possidere, aut dotis servandae causa, vel legatorum servandorum causa. *cf. L. 16. § 5. D. de min.* (4, 4). pro iurisdictione sua.

26) Insofern der Prätor nicht die ganze Sache an sich zog, sondern den Restitutionspunkt zwar causa cognita entschied, alles Andre aber einem iudicium rescissorium vorbehielt, war dessen Anordnung um so mehr ein Act seines Imperiums.

27) *L. 2. pr. D. de off. Procons.* (1, 16). *Marcian.* — habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri.

28) *Gai.* II. § 24. In iure cessio *rel.* — idque legis actio vocatur.

29) Vgl. § 36 Note 6. Alle diese Rechtsgeschäfte haben absolute Rechte zum Gegenstand.

30) Z. B. adoptio imperio magistratus. *Gai.* I. §§ 98. *sq.*

31) *Liv.* 41, 9. *Ulp.* I. 7. VIII. 2. *sqq. Gai.* I. §§ 20. 100. 102. 105. 132. 134. II. §§ 24 *sq.* Technischer Ausdruck: est apud eum legis actio. *L. 4. D. de adopt.* (1, 7). Ungenau: l. a. habet. *Paul.* V. 25. § 4. l. a. ei data est. *L. 1. D. de off. Iurid.* (2, 20).

32) *L. 14. pr. L. 8. D. de mun.* (50, 4). Als Vorstand des Stadtsenats und selbständig, insbesondre in der Verwaltung des Gemeinde-

dictio) so wesentlich verbunden, daß sie selbst davon den Namen führen (Duumviri, Praefecti iuri dicundo)[33]). Allein der Umfang derselben ist, wie wir gesehen, nicht zu allen Zeiten derselbe geblieben. Unter der Republik stand sie in Italien der concurrirenden Jurisdiction des Prätors[34]) gleich, nicht bloß in Bezug auf das Urtheil in Civilsachen, sondern auf die Executivmacht[35]), vielleicht auch die Legis Actio[36]), nur daß jener vermöge seines höheren Imperiums ihnen intercediren konnte[37]). Nach dem Vorgang der Lex Rubria[38]) wurde sie unter den Kaisern[39]) in allen drei Beziehungen beschränkt. 1) Zur Entscheidung durch die Duumvirn selbst (iudicare)[40]) oder durch Geschworne, die sie bestellen (iudicari iubere)[41]), kommen nur Sachen eines gewissen niederen Geldwerths[42]) und die nicht speziell als extraordinariae cognitiones den Staatsgerichtshöfen übertragen sind[43]). 2) Ihre Executivmacht begreift nicht mehr die höheren Rechte des Imperiums[44]), sondern nur beschränktere Zwangsmittel, durch welche sie ihren Befehlen Folge verschaffen[45]). 3) Die Legis Actio haben sie nur

vermögens unter persönlicher Verantwortlichkeit, wobei sie auch die Administrativjustiz üben. *cf. Lex mun. Fl. Mal. c.* 60. 63—69.

33) S. oben § 58 S. 22. Auch qui iuri dicundo praeest. *Lex Iul. mun. M. p.* 122. *lin.* 116. *Lex Rubria c.* 21. *lin.* 5. 15. 24. *c.* 22. *lin.* 31. *c.* 23. *lin.* 54 *Lex mun. Fl. Salp.* und *Mal. passim.*

34) S. oben § 18 Note 3—5.

35) Insbesondre missio in bona und bonorum venditio, s. *Lex Iulia mun.* oben § 58 Note 26.

36) Die Consequenz führt darauf und die Ueberbleibsel davon in späterer Zeit bestätigen es, s. Note 46. Mommsen, Stadtr. S. 434 folg. vermuthet, daß die Duumvirn der selbständigen Bürgermunicipien die Legis Actio gehabt, während sie den Magistraten (Präfecten?) der Bürgercolonien gefehlt habe. Die Duumvirn der latinischen Colonien haben sie noch später nach latinischem Recht. *Lex mun. Fl. Salp. c.* 28.

37) *Lex Rubr. c.* 20. *lin.* 21.

38) S. oben § 59 Note 24. 25.

39) S. oben § 66 S. 68 f.

40) *Paul.* V. 5a. § 1. Res iudicatae videntur a — magistratibus municipalibus usque ad summam, qua ius dicere possunt.

41) *L. 13. pr. D. de iurisd.* (2, 1). *Ulp.* Eum, qui iudicare iubet, magistratum esse oportet. *cf. § 1. L. 12. eod.* Oben § 66 Note 32.

42) S. oben § 66 Note 19.

43) S. oben § 66 Note 20.

44) S. oben § 66 Note 21 folg.

45) Zum Behuf der Execution in Civilsachen nach der lex Rubria c. 21. noch das duci iubere, später wenigstens pignoris capio. S. § 66 Note 23; und überhaupt multae dictio, daselbst Note 24.

ausnahmsweise[46]). Die iurisdictio municipalis[47]) war also fortan eine Niedergerichtbarkeit.

Von der höhern Gerichtbarkeit des Prätors und Provinzialstatthalters, der niedern der Duumvirn als einer allgemeinen für Civilsachen aller Art sind ferner zu unterscheiden die Spezialjurisdictionen verschiedener Beamten. Eine solche hatten nach dem Recht der Republik die curulischen Aedilen in den bei ihrer Markt- und Straßenpolizei vorfallenden Rechtshändeln[48]), und dieselbe übten in den Provinzen des Volks die Quästoren[49]). Durch kaiserliche Delegation erhielten die Consuln[50]), Prätoren[51]) und Provinzialstatthalter[52]) Spezialjurisdictionen in Fideicommiß-, Vormundschafts-, Fiscal- und andern Sachen.

Endlich wird dem imperium und der iurisdictio eine dritte Art, wie der Magistrat in Privatrechtsverhältnisse eingreift, entgegengesetzt, die ihm jedoch nicht vermöge seiner ordentlichen Amtsgewalt (iure magistratus), sondern allemal in Folge spezieller Verleihung (lege, senatusconsulto, consti-

46) *Paul.* II. 25. § 4. *cf. L. 4. C. I. de vind. man.* (7, 1). Mommsen, Stadtrechte S. 435 folg. glaubt, daß darin das von *Gell.* XVI. 13, 4. 5. noch für die Kaiserzeit bezeugte Vorzugsrecht der Municipien vor den Colonien suis moribus legibusque uti sich äußerte, wie die latinischen Colonien es entschieden hatten. S. Note 36. Die Manumission mit und ohne causae cognitio und die Adoption (in iure cessio war selten *Gai.* II. § 25.) den Reichsbeamten vorzubehalten entsprach überdieß ihrer Competenz für status quaestiones.

47) *L. 29. D. ad mun.* (50, 1).

48) *Pomp. L. 2. § 34. D. de or. iur.* (1, 2). *Gai.* I. § 6. edictis Aedilium curulium, quorum iurisdictionem *rel.* Nach den erhaltenen Stücken ihres Edicts wegen Sklaven- und Viehhandel und Haltung schädlicher Thiere in der Nähe der öffentlichen Straßen. *L. 1. § 1. L. 38. pr. L. 40. § 1. L. 41. L. 42. D. de aed. edicto* (21, 1). Daß die Municipal-Aedilen mit ihrer Polizeigewalt eine ähnliche Jurisdiction verbanden, davon enthalten weder Papinians Fragmente de off. Aedilium *L. un. D. de via publ.* (43, 10), noch die Stadtrechte für Salpensa und Malaca eine Spur. Vgl. jedoch Mommsen, Stadtr. S. 442. 450.

49) *Gai. cit.* quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent. S. § 67 Note 33.

50) S. § 63 Note 8—10.

51) Der Praetor tutelaris, fideicommissarius, fiscalis. S. § 63 Note 15—17.

52) Z. B. Iurisdictio de fideicommissis ex Senatusconsulto § 67 Note 31.

tutione Principis) zukommt[53]). Dazu gehört die Bestellung von Vormündern (tutoris datio)[54]), die schon durch die Lex Atilia dem Prätor urbanus mit der Mehrzahl der Volkstribunen, durch die Lex Julia und Titia den Provinzialstatthaltern[55]), Andern durch kaiserliche Gesetze übertragen wurde[56]). Ferner die Ermächtigung zum Verkauf von Grundstücken Minderjähriger[57]), die Bestätigung des Vergleichs über Alimente[58]) u. A.

Die Amtspflicht eines mit der Rechtspflege betrauten Magistrats (officium ius dicentis) umfaßte also sehr verschiedenartige Befugnisse[59]).

B) Die Strafgewalt wegen Verbrechen, die wir hier nur des Zusammenhangs wegen erwähnen[60]), war zwar ein Bestandtheil des königlichen Imperiums[61]) und ging mit diesem auf die Consuln über. Allein durch die innerhalb der Stadt und ihrer Bannmeile zugelassene Provocation kehrte sie

53) *L. 1. § 1. D. de off. ei. cui mand.* (1, 21). *Pap.* Quaecunque specialiter lege vel senatusconsulto vel constitutione Principum tribuuntur, — quae iure magistratuum competunt.

54) *L. 6. § 2. D. de tutelis* (26, 1). *Ulp.* Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatusconsultum vel constitutio Principis.

55) *Gai.* I. §§ 185. 195. *Ulp.* XI. 18.

56) Z. B. den Consuln durch K. Claudius, dem Prätor tutelaris durch K. M. Aurel, dem Juridicus Alexandriae durch denselben *L. 2. D. de off. iurid.* (1, 20), den Duumvirn der latinischen Municipien der Provinz Baetica durch K. Domitian. *Lex mun. Fl. Salp. c.* 29. — Iurisdictio pupillaris (nicht tutelaris) wird die Competenz des Praetor tutelaris genannt (*Orelli-Henzen* 6485. *Fr. Vat.* § 247 ?), weil er die rechtliche Entscheidung über Excusationen (*Fr. Vat.* §§ 173. *sqq.* 232. *sqq.* 244. *sqq.*), vielleicht auch über die accusatio suspecti und selbst die Rechnungslegung des Tutors (actio tutelae) hatte. *cf. L. 2. C. Th. de praed. min.* (3, 21).

57) *L. 2. § 1. D. de off. ei. cui mand.* (1, 21). *cf. L. 1. pr. eod. L. 1. D. de reb. eorum* (27, 9).

58) *L. 8. pr. D. de transact.* (2, 15). *cf. L. 1. pr. cit.* Diese Befugniß heißt nur uneigentlich iurisdictio in *L. 8. § 18. D. de transact.* (2, 15).

59) *L. 1. D. de iurisd.* (2, 1). *Ulp.* Officium ius dicentis latissimum est: nam et bonorum possessionem dare potest et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, iudices litigantibus dare.

60) Ausführlich erörtert in Geib's Geschichte des römischen Criminalprozesses. Leipz. 1842, in gedrängter Darstellung von Rudorff, Rechtsg. II. §§ 99—104.

61) S. oben § 16 I. S. 36.

in Capitalsachen zum römischen Volke zurück[62]), welches sie zunächst in den Comitien, seit Einführung der quaestiones perpetuae durch einen dazu ermächtigten iudex quaestionis und Geschworne übte[63]). Die Consuln hatten sie freilich unbeschränkt als Theil ihrer Militärgewalt außerhalb der Stadt[64]), und ebenso die Proconsuln und Proprätoren innerhalb ihrer Provinz. Allein durch Ausdehnung des Provocationsrechts der römischen Bürger wurde sie hier wesentlich auf die besiegten Unterthanen des römischen Volks eingeschränkt[65]). In der Kaiserzeit hat sie der Kaiser selbst uneingeschränkt in erster und in höchster Instanz[66]) und delegirt sie in Rom seinen Präfecten[67]), neben deren Cognition (extra ordinem) die alten iudicia publica allmählig außer Gebrauch kommen[68]), in den Provinzen seinen Statthaltern[69]). Auch hier tritt an die Stelle des Consiliums römischer Geschwornen[70]) die freie Cognition des Proconsuls oder des Präses[71]) mit Provocation an den Kaiser[72]). Diese außerordentlich übertragene Criminalgewalt (gladii potestas oder potestas schlechthin)[73]) wird nun **imperium merum** genannt im Gegensatz der ordentlicher Weise den höheren Magistraten zustehenden, wesentlich mit iurisdictio verbundenen, **imperium mixtum**[74]). Daß in der

62) S. § 17 I. S. 37.

63) S. § 56 S. 10. Der Spezialauftrag des Iudex quaestionis, es sei nun ein Prätor oder ein andrer Quaesitor, heißt nicht imperium (merum), sondern quaestio oder exercitio iudicii publici. *L. 1. pr. D. de off. ei. cui mand.* (1, 21). Vgl. Rudorff, Rechtsg. II. § 102 Note 12.

64) *Liv.* III. 20. neque enim provocationem esse longius ab urbe mille passuum: et tribunos si eo adveniant — subiectos fore consulari imperio.

65) S. § 60 Note 11—13.

66) S. § 62 S 45.

67) S. § 62 Note 13. § 63 Note 22. 28. 31.

68) § 63 Note 19. 20.

69) S. § 67 Note 29.

70) *L. 2. § 1. D. de off. ei. cui mand.* (1, 21). consilium exercere. *cf. L. 1. pr.* exercitio iudicii publici. Vgl. für die frühere Zeit Rudorff, Rechtsg. II. § 99 Note 46—48. Geib, röm Criminalpr. S. 244 folg.

71) *L. 8. D. de iud. publ.* (48, 1). *Paul.* Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, — cum extra ordinem crimina probantur.

72) S. § 67 Note 17.

73) S. § 69 Note 35. 36.

74) *L. 3. D. de iurisd.* (2, 1). *Ulp.* Imperium aut merum est aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potesta-

Amtsgewalt (potestas) der ersten Municipalmagistrate (Duumviri) unter der Republik auch die Criminaljustiz (iudicium publicum) begriffen [75]), daß diese aber in der Kaiserzeit ihnen nur ausnahmsweise belassen wurde [76]), ist früher bemerkt worden.

§ 71. C) Bedeutender für unsre Aufgabe, weil wesentlich auf die iurisdictio bezüglich, ist der Unterschied der eigenen und der übertragenen Richtergewalt. Letztere begreift drei durchaus verschiedene Institute: die iurisdictio mandata, die iudicis datio und den iudex a Principe delegatus.

1) Iurisdictio mandata [1]).

Es gehörte zu der Unumschränktheit der republikanischen Obrigkeiten, daß sie nach altem Herkommen [2]) die Verwaltung ihres Amtes einem Andern, Privatus [3]) oder selbst Magistrat [4]), auftragen (mandare) konnten. Daß es nicht willkührlich, sondern aus gerechter Veranlassung geschah, war lediglich ihrer Beurtheilung überlassen. Ausgenommen war nur, was sie nicht

tem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia. *L. 1. § 1. D. de off. ei. cui mand.* (1,21). *Pap.* — merum imperium, quod lege datur, non posse transire: quare nemo dicit, animadervsionem Legatum Proconsulis habere mandata iurisdictione. *Paulus* notat: et imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire, verum est. *L. 5. § 1. eod. Paul.* Mandata iurisdictione privato, etiam imperium quod non est merum, videtur mandari: quia iurisdictio sine modica coercitione nulla est.

75) S. § 58 Note 32.

76) S. § 66 Note 28. § 67 Note 51.

1) *Dig.* 1,21. *De officio eius cui mandata est iurisdictio.*

2) More maiorum *L. 1. § 1. D. h. t. L. 5. D. de iurisd.* (2, 1). Schon die Könige übertrugen ihre Gewalt für die Zeit ihrer Abwesenheit dem Praefectus urbi; ebenso die Consuln. S. § 22 Note 2.

3) *L. 5. § 1. D. h. t. Paul.* mandata iurisdictione privato.

4) Dieß war freilich das Gewöhnlichste, z. B. einem Collegen *Liv.* 24,44., in dessen Person alsdann die eigene und die übertragene Gewalt unterschieden wird. *L. 3. D. h. t.*

iure magistratus, sondern vermöge spezieller Verleihung hatten, namentlich die Criminalgewalt [5]) und die außerordentlichen Befugnisse in Civilsachen [6]). Am gewöhnlichsten wurde nur die iurisdictio übertragen [7]), insbesondre von Seiten der Provinzialstatthalter ihren Quästoren und Legaten [8]) als ihren regelmäßigen Gehülfen in der Rechtspflege. Mit der iurisdictio ging dann vom imperium (mixtum) auf den Bevollmächtigten so viel über, als zu deren Verwaltung unentbehrlich war [9]). Dieser hat aber kein eigenes Recht, sondern übt nur das Recht des Machtgebers, soweit es ihm übertragen ist [10]), in dessen Namen aus [11]), bildet also auch als dessen Repräsentant keine Instanz für sich [12]). Daher auch seine Befugniß rücksichtlich ihrer Dauer von dem Rechte des Verleihers [13]) und von dessen Vergünstigung abhängt [14]), und weitere Uebertragung von seiner Seite nicht möglich ist [15]).

Diese Grundsätze der iurisdictio mandata werden von den classischen Juristen noch als praktisches Recht gelehrt. Allein in wirklicher Uebung war sie wohl nur bei den Magistraten

5) *L.* 1. *pr. § 1. L. 2. § 1. D. h. t. L. 70. D. de reg. iuris* (50, 17).

6) S. § 70 Note 53 folg. Dasselbe gilt ohne Zweifel von den neuen Spezialjurisdictionen.

7) S. *tit. D. cit.* Beschränkt war es darauf nicht. Cicero übertrug die gesammte Verwaltung seiner Provinz seinem Quästor, als er vor Ablauf seiner Amtszeit nach Rom zurückkehrte *Ep. ad div.* II. 15. *cf. pro Ligario c.* 2. u. s. w.

8) *Cic. cit. ad Att.* V. 21. *Sueton. Caes.* 7. S. oben § 60 Note 15.

9) *L. 4. § 1. L. 5. §. 1. D. h. t.* quia iurisdictio sine modica coercitione nulla est. Es gehörte dazu die Executivmacht in Civilsachen und die Strafgewalt zur Aufrechthaltung seines Ansehens, z. B. multae dictio. *cf. L. 11. D. de off. Procons.* (1, 16).

10) Denn es kann in größerem oder geringerm Umfang, auch nur für Eine Sache, übertragen werden. *L. 16. L. 17. D. de iurisd.* (2, 1).

11) *L. 16. cit.* fungitur vice eius, qui mandavit, non sua. *L. 1. § 1. h. t.* proprium nihil habet, sed eius, qui mandavit, iurisdictione utitur. *L. 3. D. eod.* partibus eius fungitur.

12) *L. 1. § 1. D. quis a quo app.* (49, 3).

13) Der Legat erhält die ihm früher mandirte Jurisdiction nicht eher als der Proconsul die seinige, d. h. mit dessen Eintritt in die Provinz. *L. 4. § 6. D. de off. Procons.* (1, 16), und sie erlischt mit dessen Tod. *L. 6. D. de iurisd.* (2, 1).

14) *L. 6. § 1. D. de off. Procons.* (1, 16).

15) *L. 5. pr. D. h. t. L. 5. D. de iurisd.* (2, 1).

des Volks, den Prätoren[16]) und Proconsuln[17]) und selbst hier nicht ohne beschränkenden Einfluß der kaiserlichen Gewalt[18]). Insbesondre die Stellung des Legatus Proconsulis ist dadurch verändert. Schon auf die Wahl desselben übt der Kaiser Einfluß[19]). Die Ertheilung des Auftrags von Seiten des Proconsuls ist zwar noch willkührlich, aber sie erfolgt regelmäßig für bestimmte Gerichtsbezirke (dioeceses)[20]), und die Zurücknahme hat nur mit Genehmigung des Kaisers statt[21]). Gewisse unübertragbare Befugnisse, z. B. tutoris datio, sind ihm gesetzlich gegeben[22]) und Criminaluntersuchungen können ihm mandirt werden[23]). Auch bildet er eine eigene Instanz mit Appellation an den Proconsul[24]). Was aber die kaiserlichen Beamten betrifft, so war die Gewalt der Präfecten schon als außerordentliche unübertragbar; und die kaiserlichen Statthalter, obgleich nur Legati Caesaris, hatten zwar vermöge ihrer potestas pro Praetore an sich das Recht, deren Ausübung einem Andern aufzutragen[25]), durften aber gewiß nicht ohne Erlaubniß des Kaisers davon Gebrauch machen[26]).

Ueber das Recht der Municipalmagistrate, die Verwaltung ihres Amtes einem Andern aufzutragen, besitzen wir nur die Eine Notiz, daß in den latinischen Municipien nicht nur der Kaiser als Ehrenmagistrat[27]), sondern auch die ordentlichen Duumvirn für die Zeit ihrer Abwesenheit sich einen Praefe-

16) *L. 16. L. 17. cit.*

17) *L. 4. § 6. L. 6. § 1. D. de off. Procons.* (1, 16).

18) So nöthigte M. Aurel einen Prätor wegen schlechter Verwaltung die Jurisdiction seinem Collegen zu überlassen. *Capitolin. Marc.* 12.

19) *Dio Cass.* 53. *p.* 505. *sq.* τοὺς δὲ παρέδρους (= Legatos) wählt jeder Proconsul selbst aus den Consularen und Prätoren; aber οὓς ἂν καὶ ὁ αὐτοκράτωρ δοκιμάσῃ.

20) S. oben § 67 Note 43.

21) *L. 6. § 1. D. de off. Procons.* (1, 16).

22) Nach einer Oratio D. Marci. *L. 1. § 1. D. de tut. et cur. dat.* (26, 5). *L. 15. D. de off. Procons.* (1, 16).

23) *L. 6. pr. L. 11. D. de off. Procons.* (1, 16).

24) *L. 2. D. quis a quo* (49, 3). *cf. L. 1. § 1. D. eod.*

25) *L. 2. D. de off. ei. cui mand.* (1, 21).

26) *Arg. L. 20. D. de off. Praes.* (1, 18).

27) *Lex mun. Salp. c.* 24.

ctus substituiren durften, der ihr Recht ausübt, ohne es jedoch weiter übertragen zu können[28]).

2) Iudicis datio[29]).

Ebenso alt als die iurisdictio mandata, aber von Anfang an im Begriff davon unterschieden[30]) ist die Theilung des Richtergeschäfts zwischen der Gerichtsobrigkeit (magistratus) einerseits, welche den Rechtsstreit durch Feststellung des Rechtspunktes im Allgemeinen, auf den es bei der Entscheidung ankommt, nur instruirt, und den Geschwornen (iudices) andrerseits, denen nach Maaßgabe jener Instruction und unter Aufsicht des Magistrats die Ermittlung des concreten, thatsächlichen Rechts und die Entscheidung selbst obliegt. Wir haben gesehen, daß die ältere Instructionsform durch Legis Actio sich in dieser Periode nur für das stehende Geschwornencollegium der Centumvirn in den zu dessen Competenz gehörigen Sachen erhalten, die Bestellung eines oder mehrerer Geschwornen für den einzelnen Fall (iudicis recuperatorumve datio)[31]) die ganze Einrichtung zur Vollendung gebracht hatte[32]) und fortan den Mittelpunkt des ordentlichen Prozesses in Civilsachen (ordo iudiciorum privatorum) bildete. Nur davon ist hier die Rede.

Was zunächst die technische Bezeichnung des Einzelgeschwornen, der die Regel bildet, betrifft, so heißt er iudex schlechthin, weil er eben nur Richter, Urtheiler, nicht Obrigkeit, magistratus ist, wenngleich er als solcher ein öffentliches Amt (munus publicum) bekleidet[33]). Iudex privatus wird

28) *Lex mun. Salp.* c. 25. Mommsen, Stadtrechte S. 446 folg.

29) *Dig.* 5, 1. *de iudiciis. Cod. Iust.* 3, 3. *de pedaneis iudicibus.*

30) S. § 22 Note 3.

31) *Lex agr. a.* 643. *C. I. lat.* I. *p.* 81. XV. iudicii iudicisque recuperatorumve datio. sg. *Lex Mamilia. Haub. p.* 168. iurisdictio recuperatorumque datio addictio, — iurisdictio iudicisque datio addictio.

32) S. § 55.

33) *L. 78. D. de iud.* (5, 1). iudicare munus publicum est. *Plin. H. N.* 33, 7. nondum provinciis ad hoc munus admissis. *Fr. Vat.* § 197. munus iudicandi. *L. 18. § 14. D. de mun.* (50, 4). iudicandi quoque necessitas in-

er genannt, sein Gericht iudicium privatum, im Gegensatz der Criminalgeschwornen (iudicium publicum)[34]) und der Centumvirn (iudicium centumvirale)[35]), die beide als Ausschüsse des römischen Volks dessen Gesammtheit repräsentiren. Unus iudex heißt er im Gegensatz der centumviri[36]) oder der recuperatores[37]), die nur in der Mehrzahl vorkommen und ein Ausnahmegericht für gewisse Sachen bilden. Iudex datus a magistratu[38]), insofern er von einer Gerichtsobrigkeit zum Richter bestellt ist. Iudex specialis[39]), weil er immer für eine bestimmte einzelne Sache bestellt wird. Zu Ende dieser Periode kommt auch der Ausdruck iudex pedaneus[40]) vor, der nicht, wie ältere Schriftsteller annahmen, ein Municipalmagistrat[41]), auch nicht eine besondere Art von Geschwornen[42]), sondern nur den Geschwornen überhaupt bezeichnen soll[43]) zum Unterschied der Ge-

ter munera personalia habetur. *cf. L. 1. pr. § 3. L. 18. pr. § 1. eod.*

34) Z. B. lex Iulia (iudiciorum) publicorum und privatorum. *Fr. Vat.* §§ 197. 198.

35) Privatum iudicium und centumvirale. *Cic. de or.* I. 38. *sq. Plin. Ep.* VI. 33. privatus iudex. *Quintil. Inst. or.* V. 10. § 115.

36) *Cic. Or.* 21.

37) *Gai.* IV. §§ 104. *sq.*

38) S. z. B. *L. 81. D. de iudic.* (5, 1). Die byzantinische Jurisprudenz hat davon den Namen iudex dativus abgeleitet. *Schol. ad Basil. ed. Heimbach* I. *p.* 327. 358., wie schon *Ulpian.* XI. 14. die tutores testamento dati und Justinian *L. 52. pr. C. I. de episcopis* (1, 3). *L. 5. C. I. de legit. tut.* (5, 30) die obrigkeitlich bestellten Vormünder tutores dativi nennt.

39) *L. 4. D. de off. Praet.* (1, 14). *L. 5. D. de off. Praes.* (1, 18).

40) In drei Stellen des Ulpian *L. 4. D. de tut. et cur.* (26, 5). *L. 3. § 1. D. ne quis eum* (2, 7). *L. 1. § 6. D. de postul.* (3, 1) und Einer des Paulus *Sent. rec.* V. 28. § 1. = *L. 38. § 10. D. de poenis* (48, 19).

41) Diese Meinung Raewar d's, die ich in meinem Handbuch § 13 S. 137 folg. noch zu bekämpfen nöthig fand, scheint jetzt allgemein aufgegeben.

42) Wie noch Hugo, Rechtsg. Aufl. 11. S. 344. 346 und Zimmern, Rechtsg. III. § 18 annahmen. Daß insbesondre nicht allein der aus nichtsenatorischen oder ritterlichen Decurien oder aus den Plebejern genommene Richter so hieß, beweist *L. 4. cit.* Praetor nec pedaneus iudex ex sua sententia fieri potest.

43) Dafür entscheidet nicht nur *L. 4. cit.*, die dasselbe vom pedaneus iudex sagt, was *L. 4. D. de off. Praet.* (1, 14). *L. 5. D. de off. Praes.* (1, 18) vom specialis iudex, sondern auch der spätere Sprachgebrauch. *Cod. Iust.* 3, 3. de pedaneis iudicibus. *Theo-*

richtsobrigkeiten, die man, wie in ältester Zeit, weil sie häufiger selbst richteten, wieder anfieng iudices zu nennen [44]). Die Herabsetzung, die jeden Falls in diesem Namen liegt, deutet auf das Sinken des Instituts um diese Zeit. Ein arbiter [45]) ist der in der Formula zum iudex ernannte Geschworne [46]), das iudicium ein arbitrium [47]), wenn die Formel ihn bei der rechtlichen Beurtheilung des Grundes und Gegenstandes der Klage auf sein Billigkeitsgefühl (bona fides, arbitrium iudicis) als eines vir bonus verweist [48]). Daß der Arbiter ein nicht aus den Geschwornenlisten genommener Richter sei, ist unerweislich [49]).

phil. paraphr. Inst. 4, 15. *pr.* χαμαιδικαστὴς = iudex, vgl. mit *Gai.* IV. § 141. *Schol. Basil.* in Note 38. χαμαιδικασταὶ = δατίβοι. Hesychius, der σήλεκτος durch χαμαιδικαστὴς erklärt. *Cuiac. in Nov.* 82. χαμαιδικασταὶ = κληρωτοὶ δικασταί. Ob der Name von den Senatoren oder Decurionen, die noch keine Magistratur bekleidet hatten (*Gell.* III. 18. pedarii, pedanei *Album Decurionum* bei Savigny, R. R. im MA. I. § 24. pedani), entlehnt ist, oder nur die „Unterordnung" des Judex unter den Magistrat und seine „Privatcompetenz" bezeichnet (Rudorff, Rechtsg. II. § 11 S. 46), mag dahin gestellt bleiben.

44) S. § 22 Note 5.

45) Vom iudex unterschieden z. B. in der lex Iulia rep. *L. 7. pr. D. ad l. Iul. rep.* (48, 11). ob iudicem arbitrumve dandum. *Rescriptum D. Pii*: Magistratus populi Romani — iudicum a se datorum vel arbitrorum. *L. 15. pr. D. de re iud.* (42, 1). *§ 1. I. de act.* (4, 6). apud iudices arbitrosve u. s. w.

46) Der solenne Ausdruck in der Formel ist stets iudex, auch für den arbiter, z. B. in der actio Publiciana *Gai.* IV. § 36. *cf. § 31. I. de act.* (4, 6), der actio depositi *Gai.* IV. § 47. *cf.* § 62. Vgl. Savigny, System S. 104 Note g und *Gai.* IV. §§ 141. 163. nennt denselben in Einem Athem arbiter und iudex, obgleich der Sprachgebrauch schon zu Cicero's Zeit nicht mehr schwankend war. Vgl. die folg. Note mit *Cic. pro Murena* 12.

47) *Cic. pro Roscio Com.* 4. *top.* 17. *de off.* III. 15. 17. Arbitrium rei uxoriae, pro socio, tutelae u. s. w.

48) Für die actio bonae fidei s. vorläufig *L. 12. D. rem pupilli* (46, 6). aequitas arbitri atque officium boni viri. *L. 3. § 3. D. commod.* (13, 6). boni iudicis arbitrio. Für den arbitratus überhaupt, also auch bei der actio arbitraria *L. 17. §* [illegible]. *D. de iniur.* (47, 10). Ait Praetor „arbitratu iudicis" utique quasi viri boni. Vgl. unten § 94. Uebrigens soll der iudex auch bei der stricti iuris Klage und selbst der Magistrat bei der Instruction die Thatsache als vir bonus beurtheilen. *L. 137. § 2. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 77. D. de procur.* (3, 3).

49) Vgl. Savigny, System V. S. 102 folg. Puchta, Instit. II. S. 39.

Das Richteramt des Geschwornen in einer bestimmten Sache (munus iudicandi) ist also bedingt durch die Ernennung (iudicis datio addictio) und den Befehl zum Urtheil (iudicari iubere)[50]) von Seiten eines mit iurisdictio versehenen Magistrats[51]). Beides ist in den Eingangsworten der Formula: L. OCTAVIUS IUDEX ESTO[52]), enthalten und wird durch die Bezeichnung der Sache und die Anweisung, worauf die Untersuchung und das Urtheil zu richten sei, in den Worten: SI PARET u. s. w. nur näher bestimmt[53]). Der in der Formula Genannte wird, weil er zur Uebernahme des Amtes verpflichtet ist, auch ohne sein Wissen und Wollen Judex[54]), sobald die Formula durch die vollendete Instruction (litis contestatio) bindend geworden[55]).

Das Richteramt des Geschwornen ist also seinem Grunde nach ein übertragenes, wie die iurisdictio mandata. Allein es unterscheidet sich von dieser einmal durch seine wesentliche Beschränkung auf Eine Sache, während diese eine fortlaufende Verwaltung begreifen kann[56]); sodann darin, daß der Geschworne nicht wie der Mandatar die Jurisdiction dessen, der ihn bestellt hat, sondern eine davon generisch verschiedene Richterfunction übt[57]). Daher kann der Mandatar zwar die ihm

50) S. § 70 Note 8. Für iudicis addictio s. g. *Lex Mamilia c.* 5. *Haub. p.* 168. *L. 46. L. 80. D. de iud.* (5, 1). u. s. w. Es ist eine Amtshandlung des Magistrats, für die er verantwortlich ist. *L. 7. pr. D. de leg. Iul. rep.* (48, 11).

51) *L. 13. pr. D. de iurisd.* (2, 1). Eum qui iudicari iubet, magistratum esse oportet. Für iurisdictio s. *L. 3. D. eod. L. 12. § 1. D. de iud.* (5, 1). Auch die Spezialjurisdictionen z. B. der Consuln *Gell.* XII. 13.

52) *Cic. Verr.* II. 12. *cf. L. 80. D. de iud.* (5, 1). si in iudicis nomine praenomine erratum est *rel.* Bei einem recuperatorium iudicium: TITIUS, SEIUS, SEMPRONIUS RECUPERATORES SUNTO. *Gai.* IV. § 46.

53) Dieß Verhältniß der beiden Theile der Formula ergiebt sich am Bestimmtesten aus der actio praeiudicialis, die in ihrer zweiten Hälfte nur die Worte: SI PARET LIBERUM ESSE, und keinen Befehl zum Urtheil enthält. *Theophil. paraphr.* IV. 6. § 13.

54) *L. 39. pr. D. de iud.* (5, 1).

55) *L. 25. § 8. D. de aed. ed.* (21, 1).

56) S. Note 10.

57) Notio bezeichnet nicht diese, wie ältere Schriftsteller annahmen, sondern die iurisdictio mit Einschluß der extr. cognitio. *L. 99.*

geliehene Jurisdiction nicht weiter mandiren, wohl aber das darin enthaltene Recht der iudicis datio ausüben [58]); der Judex dagegen kann in keiner Weise einen andern an seiner Statt zum Judex bestellen [59]).

Was die Natur seines Amtes betrifft, so überwiegt darin die durch seinen Eid [60]) bestärkte Pflicht, daher der technische Name officium iudicis [61]). Er hat nur so viel Recht, als zu deren Erfüllung unentbehrlich ist, insbesondre keine Executiv- und Strafgewalt [62]). Denn die zur Sicherung des Erfolgs nothwendigen Maaßregeln trifft auch während des Judiciums der Prätor [63]), und die Macht des Geschwornen in der Sache selbst schützt ihn hinreichend gegen Ungehorsam [64]) oder gar Beleidigungen von Seiten der Partheien und ihrer Vertreter [65]). Er selbst ist diesen aber auch verantwortlich für sein amtliches Thun und Nichtthun [66]). Ueberdieß steht er fortwährend unter der Aufsicht des Magistrats, der ihn bestellt hat. Dieser kann

pr. D. de verb. sign. (50, 16). *L. 15. pr. D. de re iud.* (42, 1). Der technische Ausdruck dafür ist vielmehr munus iudicandi, s. Note 59, und officium iudicis, s. Note 61.

58) *L. 12. D. de off. Procons.* (1, 16). *L. 12. § 1. D. de iud.* (5, 1).

59) Der hereinbrechenden Begriffsverwirrung zu steuern, sagt deshalb K. Gordian in *L. 5. C. l. de iud.* (3, 1). A iudice (= *magistratu*) iudex delegatus (= *datus*) iudicis dandi potestatem non habet, cum ipse iudiciario munere fungatur *rel.*

60) S. oben § 24 Note 29.

61) *L. 27. D. de obl. et act.* (44, 7). officium iudicis, Praetoris imperium. In *L. 26. D. de re iud.* (42, 1) wird potestas iudicis im etymologischen Sinne für id quod iudex facere potest gebraucht.

62) Daher hat er auch keine Apparitoren, und daß die des Prätors ihm zu Gebote gestanden, dafür fehlt es an einem sichern Zeugniß. Vgl. unten § 90 Note 20.

63) *L. 5. pr. D. de her. pet.* (5, 3). — post litem coeptam — res tempore perituras permittere debet Praetor distrahere.

64) Ueber contumacia in iudicio s. oben § 51 Note 9. 23.

65) Die Beleidigung des Judex im Plaidoyer müßte nach *L. 7. § 8. D. de iniur.* (47, 10) eine iniuria atrox sein; aber nirgends ist davon die Rede, sondern nur von seiner Beleidigung nach dem Urtheil. *L. 42. D. eod.* Sehr natürlich; denn alles Bestreben der Partheien und ihrer Redner mußte ja darauf gerichtet sein, den Richter für sich zu gewinnen. *cf. Tiro Tullius* bei *Gell.* VI. 3, 13. *Quintil. Inst. or.* V. 1. XI. 1, 78.

66) S. oben § 61 Note 17.

ihm Ort[67]) und Zeit der Urtheilfällung vorschreiben[68]), und wenn er säumig ist, durch Zwangsmittel ihn dazu nöthigen[69]); umgekehrt sie auch sistiren[70]) oder ganz verbieten, also seinen Befehl zurücknehmen[71]). Nur in die Leitung der Verhandlung soll er nicht eingreifen[72]), noch weniger die Urtheilfällung bestimmen, außer insofern der Judex selbst Rechtsbelehrung bei ihm sucht[73]) oder wenn es gilt, widersprechende und deshalb unausführbare Urtheile zu verhüten[74]).

Das Richteramt des Geschwornen endigt (solvitur iudicium) regelmäßig mit der Fällung des Endurtheils[75]); denn mit Allem was dahinter liegt, insbesondere der Execution, hat er nichts zu schaffen[76]). Außerordentlicher Weise durch seinen

67) *L. 59. D. de iud.* (5, 1). In der Formula fanden solche die Verhandlung betreffende Nebenumstände keinen Platz. Vgl. *L. 74. § 1. eod.*

68) Nur innerhalb der gesetzlichen Frist der Lex Julia für das iudicium legitimum, und innerhalb seines Amtsjahres beim iudicium quod imperio continetur. *Gai.* IV. §§ 104. *sq.* Auf jene geht *L. 32. D. de iud.* (5, 1), auf dieses *L. 13. § 1. D. de iurisd.* (2, 1). *Gell.* XII. 13. *cf. L. 6. C. I. quando prov.* (7, 64).

69) Iudicari cogere, curare *Lex Rubr. c.* 20. *lin.* 23. *c.* 21. *lin.* 24. *L. 74. pr. L. 49. § 1. D. de iud.* (5, 1). *L. 13. § 2. D. de vacat.* (50, 4). Durch multae dictio *arg. L. 32. § 12. D. de receptis* (4, 8). Aber nicht an Feiertagen *L. 6. D. de feriis* (2, 12). *L. 13. § 2. D. de receptis* (4, 8) oder zum Nachtheil der Bedenkzeit *L. 13. § 4. eod.*

70) Sustinere iudicium, um ein Präjudiz zu verhüten. *L. 24. § 3. D. de lib. causa* (40, 12). *cf. L. 1. § 3. D. si fam. furt.* (47, 6). *L. 27. D. rer. amotar.* (25, 2).

71) S. § 70 Note 20. Berechtigte Intercession eines andern Magistrats bewirkt dasselbe. *L. 58. L. 12. pr. D. de iud.* (5, 1). *cf. L. 14. D. de re iud.* (42, 1).

72) Z. B. durch Zeitbestimmung für die Redner. *Cic. pro Quinct.* 9. 22.

73) *L. 79. § 1. D. de iud.* (5, 1). *Ulp.* Iudicibus de iure dubitantibus Praesides respondere solent: de facto consulentibus non debent Praesides consilium impertire, verum iubere eos prout religio suggerit sententiam proferre. Der englische Richter exponirt ex officio den Geschwornen den Rechtspunkt ausführlich und übt dadurch einen bedeutenden Einfluß auf ihr Urtheil, unterläßt aber nicht ihnen zu bemerken, daß die Entscheidung über den Beweis der Thatsachen ihrem Gewissen anheim gestellt bleibe.

74) *L. 30. D. de lib. causa* (40, 12). *L. 28. D. de re iud.* (42, 1). Vollständiger wird dem vorgebeugt durch Ernennung desselben Judex für die verschiedenen Sachen. *L. 8. §§ 1. 2. L. 9. pr. § 1. L. 23. § 2. D. de lib. causa* (40, 12). *Dig.* 11, 2. *de quibus rebus ad eundem iudicem eatur.*

75) *L. 55. D. de re iud.* (42, 1). Ueber Interlocute, insbesondere die pronuntiatio und das arbitrium s. unten § 90 Note 9—13.

76) *Arg. L. 1. § 2. D. de usuris* (21, 1).

Tod [77]), durch Verbot [78]) oder Entbindung vom Amte [79]), wo ihm ein andrer Judex substituirt wird (iudex subditus) [80]); endlich auch durch Zeitablauf [81]) und naturgemäß durch anderweite Aufhebung des Rechtsstreits.

Mit dem Geschwornen (iudex datus) hat der Schiedsrichter (arbiter ex compromisso, iudex compromissarius) [82]), wenn er das Arbitrium einmal übernommen hat (arbitrium receptum), darin eine gewisse Aehnlichkeit [83]), daß der Prätor ihn zur Urtheilfällung wie zur Erfüllung einer öffentlichen Pflicht durch Zwangsmittel nöthigt [84]). In allem Uebrigen, insbesondre in der Wirkung des Schiedsspruchs, hat das Verhältniß die privatrechtliche Natur eines den Rechtsstreit aufhebenden Vergleichs (compromissum) und gehört insofern nicht hierher [85]).

Weder mit den eigentlichen Geschwornen (iudices, arbitri), noch mit dem Schiedsrichter (arbiter ex compromisso) ist eine dritte Art arbitri zu verwechseln, die gewissermaßen zwischen Beiden in der Mitte steht. Der Prätor pflegte in Sachen seines Imperiums zur Erledigung einer faktischen Ungewißheit, mit deren Untersuchung er selbst sich nicht befassen konnte, ohne Zweifel unter Mitwirkung der Partheien, jedoch ohne Formula und nicht nothwendig aus den Geschwornencollegien einen solchen Vertrauensmann zu bestellen. So z. B. bei stipulationes

77) *L. 32. L. 60. D. de iud.* (5, 1).

78) S. Note 71.

79) Wegen einer excusatio superveniens *L. 13. § 3. D. de vacat.* (50, 4). *L. 18. pr. L. 46. D. de iud.* (5, 1). *cf. L. 4. C. I. de ped. iud.* (3, 3), wohin auch das iuramentum sibi non liquere gehört. *Gell.* XIV. 2. *cf. L. 36. D. de re iud.* (42, 1), oder wegen absoluter Unfähigkeit des Judex *L. 46. L. 17. D. de iud.* (5, 1).

80) *Festus* v. *subditus M. p.* 150. *L. 32. D. de iud.* (5, 1). iudex mutatur, nicht das iudicium. *L. 18. pr. L. 46. D. de iud.* (5, 1). *cf. L. 12. pr. L. 76. D. eod.*

81) *Gai.* IV. §§ 104. *sq.* Vgl. Note 68.

82) *Dig.* 4, 8. *Cod. Iust.* 2, 56. *de receptis arbitris.* Vgl. Rudorff, Rechtsg. II. § 56.

83) *L. 1. D. h. t. Pap.* Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur.

84) Ait Praetor: Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam. *L. 3. § 2. L. 15. L. 32. § 12. D. h. t.*

85) S. unten S. 114. *Paul.* V. 5a. § 1.

praetoriae zur Prüfung der Bürgen[86]) und bei der missio in bona zum Verkauf verderblicher Sachen[87]). Derselben Hülfe bedienten sich die Magistrate dann bei extraordinariae cognitiones, deren rechtliche Entscheidung ihnen oblag, zur vorläufigen Erledigung factischer Anstände[88]) oder zur Ausführung ihres Urtheils[89]). Endlich erlaubten sie sich um diese Zeit in freiem Gebrauch ihres Imperiums auch bei actiones ordinariae zur Vermeidung des eigentlichen Prozesses (iudicium) auf den Wunsch der Partheien einen solchen Arbiter zu bestellen, der den Gegenstand des Streits zur Zufriedenheit beider Theile ordnete[90]).

3) Delegatio Principis.

Auch der Kaiser konnte nach republikanischer Fiction vermöge seines Imperiums sowohl seine Jurisdiction in größerm

86) *L. 9. D. qui satisdare* (2, 8). *L. 7. § 3. D. de min.* (4, 4). *L. 2. D. a quib. app.* (49, 2).

87) *L. 1. §§ 25. 26. D. de ventre* (37, 9). *L. 27. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *cf. L. 5. § 22. D. ut in poss. leg.* (36, 4). Bei dem Hauptfall der missio in bona rei servandae causa macht die Bestellung eines Curator dieß überflüssig. *Dig.* 42, 7.

88) Bei der libertas testamento relicta sub conditione: rationibus redditis, wird die Rechnungslegung durch einen Arbiter bewirkt, und zwar sowohl bei libertas directa, also dem iudicium ordinarium *L. 50. D. de cond. et dem.* (35, 1). *L. 5. D. de man.* (40, 1). *L. 53. D. de iud.* (5, 1), als der extraordinaria cognitio aus Fideicommiß. *L. 37. L. 47. § 2. D. de fid. lib.* (40, 5). Ebenso wegen Unterschlagung von Erbschaftssachen *L. 43. D. de lib. causa* (40, 12). *L. 1. § 7. D. si is qui test. lib.* (47, 4).

89) Arbiter ad restituendum datus *L. 7. D. de confessis* (42, 2), zur Taxation des fundus fid. *L. 109. § 1. D. de leg.* 1. (30), zu näherer Bestimmung des Modus *L. 12. D. de leg.* 3. (32). Bei der Alimentenklage die Bestimmung ihrer Höhe nach dem Vermögen. *L. 5. § 25. D. de agn. et al. lib.* (25, 3). Ein gewöhnlicher Executor (viator) sollte in der Regel dazu nicht genommen werden. *L. 82. D. de iud.* (5, 1). *Ulp. de off. Consulis.* Hierin liegt zugleich der Beweis, daß ein solcher Arbiter nicht nothwendig aus den Geschwornencollegien (decuriae iudicum) genommen wurde.

90) Vgl. Note 88. Arbiter Falcidiae *L. 12. D. ad leg. Falc.* (35, 2). *cf. L. 1. § 6. D. si cui plus* (35, 3), für Theilung der merx peculiaris *L. 7. §§ 1. 2. D. de trib. act.* (14, 4) und in andren Fällen. *L. 13. § 1. D. de annuis leg.* (33, 1). *L. 35. D. de bon. lib.* (38, 2). Dagegen dürften *L. 13. § 1. D. de serv. praed. rust.* (8, 3).

oder geringerm Umfang mandiren, als im einzelnen Fall einen Judex bestellen. Da aber seine souveräne Gewalt eine exceptionelle, insbesondre jeder seiner Willensacte zugleich Gesetz (ius extraordinarium) ist, so mußte die Stellung des von ihm beauftragten Richters in dem einen und andern Fall eine neue, extraordinäre sein[91]). Dieß tritt auch in dem für beide Fälle gebräuchlichen neuen Ausdruck delegatio hervor[92]).

Die fortlaufende Verwaltung aller kaiserlichen Beamten, sei sie nun eine ordentliche oder außerordentliche, beruht in diesem Sinne auf dem Auftrag (mandatum) des Kaisers, was sich insbesondre in ihrer unbestimmten Dauer und willkührlichen Zurücknahme zeigt. So der Praefectus urbi, ursprünglich ein außerordentliches, jetzt ein stehendes mit höheren Vollmachten versehenes Amt[93]), desgleichen der Praefectus annonae und vigilum[94]) in Rom, und die kaiserlichen Statthalter als seine Legaten oder Procuratoren in den Provinzen[95]). Ferner die erst jährlich erneuerte, dann stehende Uebertragung der Spezialjurisdictionen der Consuln und Prätoren[96]) und der

L. 11. § 1. D. de serv. pr. urb. (8, 2) von der formula arbitraria sprechen.

91) Alles was der Kaiser und seine Delegirten thun, geschieht daher extra ordinem. *L. 2. § 33. D. de or. iur.* (1, 2). *L. 7. § 2. D. de off. Procons.* (1, 16). *Sueton. Claud.* 23 *Vesp.* 10. *Paul.* V. 5a. § 1. *Gell.* XII. 13, 1.

92) S. Note 97.

93) Nur das Mandat verknüpft die kaiserliche Praefectura urbis mit der altrömischen (*Tac. Ann.* VI. 11. dum Consules mandabant) und latinischen. S. oben § 22 Note 2.

94) *L. 3. § 33. D. de or. iur.* (1,2). *Pomp.* Praefectus Annonae et Vigilum non sunt magistratus, sed extra ordinem utilitatis causa instituti sunt.

95) Daher der Kaiser willführlich Provinzen des Volks durch seine Bevollmächtigte verwalten läßt, s. oben § 67 Note 20 und unten Note 99; auch zu speziellen Zwecken, z. B. dem Census u. A. seine Legaten dahin sendet. *Orelli-Henzen* III. *Indices p.* 112, 2. *Tac. Ann.* II. 47. *Dio Cass.* 57, 17. *Corp. Insc. Graec.* 4033. 4034. *πρὸς πέντε ῥάβδους πεμφθεὶς* (Legatus quinquefascalis) *εἰς Βειθυνίαν διορθωτὴς* (Corrector) *καὶ λογιστὴς* (Censitor) *ὑπὸ θεοῦ Ἀδριανοῦ.*

96) *Sueton. Claud.* 23. Iurisdictionem de fideicommissis quotannis et tantum in urbe delegari solitam in perpetuum atque etiam per provincias potestatibus demandavit. *cf. § 1. Inst. de fid. her.* (2, 28). *pr. I. de codicillis* (2, 25). *Orelli-Henzen* 6485. — Praetori, cui primo iurisdictio pupillaris a sanctissimis Imp. mandata est.

kaiserlichen Appellationsgerichtbarkeit (vice sacra)[97]). Endlich auch das Amt der vices magistratuum agentes[98]), denen der Kaiser an Stelle eines ordentlichen Reichs- oder Provinzialbeamten wegen dessen Behinderung oder temporärer Erledigung des Amtes dessen interimistische Verwaltung überträgt[99]). Allen diesen war ein weiteres Mandiren nicht möglich, sowohl nach den Grundsätzen der iurisdictio mandata[100]), als weil ihre Gewalt auf Spezialgesetz beruht[101]), mit alleiniger Ausnahme des kaiserlichen Statthalters (Legatus Augusti) vermöge seines Imperiums pro Praetore[102]). Dagegen stand ihnen allen die iudicis datio zu[103]).

Auch in der einzelnen Rechtssache, die durch Supplication in erster Instanz bei dem Kaiser angebracht wurde[104]), konnte er entweder selbst cognosciren oder einen Richter (iudex) bestellen, worauf häufig von vorne herein der Antrag der Partheien ging[105]). Allein die Stellung eines solchen außerordentlichen kaiserlichen Commissarius, wozu nicht selten die ersten Reichsbeamten genommen wurden, war natürlich eine ganz andre als die eines vom Prätor aus dem Album Judicum nach Vorschrift des Edicts bestellten Geschwornen. Er wurde nicht durch eine Formula, sondern durch ein in der kaiserlichen Kanzlei

97) *Sueton. Oct.* 33. Appellationes quotannis urbanorum litigatorum Praefecto delegabat urbis; at provincialium consularibus viris *rel.* Von dem Uebergang der wechselnden Delegation in stehende kaiserliche Appellationsgerichte (auditoria sacra) s. oben § 62 Note 25—28.

98) *Cod. Iust.* 1, 50. *De officio eius, qui vicem alicuius iudicis vel Praesidis obtinet.*

99) *L. 1. § 4. D. de leg.* 3. (32). — a Praefecto praetorio vel eo, qui vice Praefecti ex mandatis Principis cognoscet. *Orelli* 946. — *L. 1. C. I. h. t. Gordian.* — qui vice Praesidis provinciam administrat. *Orelli* 3651. Proc. (*Procuratori*) provinciae Asiae, quam mandatu Principis vice defuncti Proconsulis rexit.

100) S. oben Note 15.

101) S. oben Note 6.

102) S. oben Note 23 u. § 67 Note 10.

103) S. oben Note 51. 58.

104) S. oben § 62 Note 12.

105) *L. 1. § 4. D. a quib. app.* (49, 2). *L. 18. § 4. D. de min.* (4, 4). *L. 2. § 2. D. de iud.* (5, 1). *Paul.* V. 5a. § 1. Nicht eigentlich gehören hierher die von K. Vespasian durch Loos erwählten Richter zur Aburtheilung der rückständigen Centumviral- und der im Bürgerkrieg geraubten Sachen. *Sueton. Vesp.* 23. *Tac. Hist.* IV. 40.

ausgefertigtes Rescript ernannt und instruirt[106]), dieses bildete auch die Grundlage des vor ihm zu eröffnenden Verfahrens[107]), und seine Gewalt war mehr der Jurisdiction eines kaiserlichen Beamten als dem Officium des alten Judex ähnlich. Deshalb wird ihm in späterer Zeit das Recht eingeräumt, selbst wieder in der ihm übertragenen Sache einen Judex zu bestellen[108]). Appellation und Restitution gegen sein Urtheil wurde beim Kaiser gesucht, erstere jedoch nur, wenn das Rescript ihn nicht für inappellabel erklärt hatte[109]).

Entstand also die Frage, ob das richterliche Urtheil von einem dazu Berechtigten gefällt und deshalb gültig sei, so mußten zunächst alle die bisher genannten Arten der Richtergewalt berücksichtigt werden. Dieß geschieht durch ziemlich vollständige Aufzählung derselben in zwei Stellen juristischer Classiker, die wir deshalb hierher setzen:

L. 81. D. de iudiciis (5, 1). *Ulp. lib. V. Opinionum.*

Qui neque iurisdictioni praeest (¹), neque a Principe potestate aliqua praeditus est (²), neque ab eo, qui ius dandorum iudicum habet, datus est (³), nec ex compromisso sumptus (⁴) vel ex aliqua lege confirmatus est (⁵), iudex esse non potuit.

Gerichtsvorstände (¹) im eigentlichen Sinn des Worts sind die Magistrate des Volks und die Municipalobrigkeiten. Mit einer außerordentlichen Potestas (²) sind die neuen kaiserlichen Beamten bekleidet. Dann folgt (³) der von diesen Gerichtsobrigkeiten ernannte Civilgeschworne, dann (⁴) der Schiedsrichter, und zuletzt (⁵) der durch ein Spezialgesetz bestätigte Richter.

Paul. Rec. Sent. V. 5ᵃ. § 1.

Res iudicatae videntur ab his, qui imperium potestatemque habent (¹) vel qui ex auctoritate eorum

106) Hierin wurde z. B. die Zeit bestimmt, in der er das Urtheil fällen sollte. *L. 2. § 2. cit.*

107) Ueber diesen Rescriptsproceß s. mein Handbuch § 38 und Abschn. 3 das Ausführlichere.

108) *L. 5. C. I. de iud.* (3, 1). *Gordian.* in Note 57. — nisi a Principe iudex datus fuerit.

109) *L. 1. § 4. L. 18. § 4. cit.*

inter partes dantur (²), itemque a magistratibus municipalibus usque ad summam, qua ius dicere possunt (³), itemque ab his, qui ab Imperatore extra ordinem petuntur (⁴). Ex compromisso autem iudex sumptus (⁵) rem iudicatam non facit, sed si poena inter eos promissa sit, poena rei in iudicium deductae ex stipulatu peti potest.

Paulus geht aus von dem strengen Begriff der res iudicata, faßt (¹) die höhern republikanischen und kaiserlichen Beamten zusammen und setzt diesen (²) die von ihnen bestellten Geschwornen und (³) die Municipalmagistrate entgegen; erwähnt endlich (⁴) die von Ulpian übergangenen außerordentlichen kaiserlichen Commissarien, und bemerkt (⁵), daß der Schiedsrichter insofern nicht dahin gehöre, als sein Urtheil nicht direct als res iudicata, sondern nur indirect durch die Verpflichtung zur poena wirke.

Außerdem kommt bei der Frage nach der Gültigkeit eines Urtheils oder andrer richterlicher Handlungen die **Competenz** des Richters in Betracht. Davon in dem Folgenden.

Excurs II.

Competenz und Gerichtsstand [1].

§ 72. Die Civilgerichtbarkeit eines Magistrats (iurisdictio), es sei nun die höhere mit Imperium oder die nie-

1) *Dig.* 2, 1. *de iudiciis et ubi quisque conveniri debeat. Cod. Iust.* 3, 13. *de iurisdictione et de foro competenti.* 14—21. Vgl. die lichtvolle Darstellung, in Verbindung mit der Lehre von den örtlichen Grenzen des Rechts, in Savigny's System des heut. röm. Rechts VIII. S. 39 folg. Für das heutige Prozeßrecht, dessen Grundsätze wesentlich römischen Ursprungs sind, Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses §§ 40—42. Mein Aufsatz in den Versuchen, Berlin 1827. Nr. I. hat vielleicht das Verdienst, die Quellenforschung neu angeregt zu haben; die Resultate aber kann ich nicht mehr überall festhalten.

dere Municipalgerichtbarkeit, die allgemeine oder eine besondre für gewisse Arten von Sachen, z. B. die ädilicische, fiscalische, pupillarische u. s. w., ist im Verhältniß zu der gleichartigen Gerichtbarkeit andrer Magistrate, — abgesehen von der der römischen Gerichtsverfassung ganz eigenthümlichen Concurrenz der gleichberechtigten Collegen, insbesondre der beiden Consuln im ältesten Rom, der curulischen Aedilen, der Duumvirn und Aedilen in den Municipien [2]), — nach allgemeinen Grundsätzen theils räumlich auf ein gewisses Gebiet, theils persönlich auf gewisse Personen beschränkt. Nur innerhalb dieser Grenzen ist er der gehörige Richter (iudex competens) [3]). Die Eigenschaft eines solchen oder seinen also begrenzten Geschäftskreis nennen wir seine Competenz [4]).

I. Räumlich beschränkt ist 1) die Niedergerichtbarkeit der Municipalmagistrate (iurisdictio municipalis) auf die Stadt und deren Gebiet (territorium, regio), kurz den Sitz der Gemeinde (civitas, respublica, municipium) [5]), deren Vorstände sie sind; 2) das Imperium der Provinzialstatthalter auf ihre Provinz (provincia) als den ihnen angewiesenen Verwaltungsbezirk [6]); 3) die Gewalt der republikanischen Magistratus urbani als höchster Obrigkeiten des römischen Volks, vor Allem der Consuln, erstreckte sich ursprünglich auf das ganze von dem römischen Volk beherrschte Staatsgebiet. Allein schon ihr dritter College, der Prätor urbanus, sollte, wie sein Name besagte, sein Tribunal in urbe aufschlagen [7]), der Prä-

2) *Cf. L. 11. pr. D. ad mun.* (50, 1). Magistratuum officium individuum. *L. 25. eod.* unius hominis vicem sustinent.

3) *L. 19. pr. D. de iurisd.* (2, 1). *L. 28. D. de re iud.* (42, 1). *L. 20. D. iud. solv.* (46, 7). tribunal competens. *L. 35. § 2. D. de procur.* (3, 3).

4) Die Römer brauchen auch hierfür, insbesondre den Jurisdictionsbezirk, iurisdictio, z. B. *L. 1. D. de iud.* (5, 1). inter consentientes cuiusvis iudicis — est iurisdictio. *L. 58. D. de iud.* (5, 1). in eadem iurisdictione. *L. 6. § 10. D. de iniusto* (28, 3). iurisdictionis suae. *Plin. H. N.* V. 29. iurisdictiones = conventus u. s. w.

5) Vgl. Savigny cit. S. 45 folg.

6) Vgl. § 69 Note 10.

7) *Lex agr.* a. 643. LXXIII. *C. I. lat.* I. p. 84. Praetor quei inter ceives Romae tum ious dei

tor peregrinus für die in der Stadt zusammenströmenden Fremden Gastgericht halten [8]), und wenn des Erstern Jurisdictionsbezirk sich natürlich auch auf die römische Mark (ager Romanus), in der letzten Zeit der Republik also auch auf das ganze römisch gewordene Italien bezog, so war doch theils durch die concurrirende Gerichtbarkeit der örtlichen Obrigkeiten [9]), theils durch neuere Prozeßvorschriften [10]) dafür gesorgt, daß er zu Jurisdictionshandlungen sich nicht von der Stadt zu entfernen brauchte. Die Kraft seiner Decrete aber erstreckte sich noch zu Ende der Republik über den ganzen Orbis romanus [11]). In der Kaiserzeit aber wurde seine Amtsgewalt auf die Stadt und die urbica dioecesis beschränkt, von den regiones Iuridicorum und um so mehr von den Provinzen ausgeschlossen [12]). 4) Auch das Imperium der kaiserlichen Stadtbeamten, des Präfectus urbi, Annonae und Vigilum, bezog sich auf die kaiserliche Residenz, für den erstern mit Einschluß ihres Polizeirayons bis zum hundertsten Meilenstein [13]). Nur der Kaiser übt sein höchstes Imperium wieder im ganzen Reich [14]) und ebenso natürlich, als sein unmittelbarer Stellvertreter, der Präfectus prätorio [15]).

Die rechtliche Bedeutung dieser räumlichen Begrenzung der Jurisdiction ist aber noch eine zwiefache:

1) hat der Beamte seine Amtsgewalt nur, wenn er sich in seinem Amtsbezirk befindet, außerhalb desselben ist er ein Privatmann [16]). Eine Ausnahme macht nur der Proconsul,

cet. Er durfte nach Vorschrift des Gesetzes höchstens für 10 Tage die Stadt verlassen. *Cic. Phil.* II. 13.

8) *Lex Rubr. c.* 20. *lin.* 25. is quei Romae inter peregreinos ius deicet.

9) S. oben § 18 Bd. 1 S. 41.

10) S. oben § 39 Bd. 1 S. 129.

11) *Cic. pro Quinctio* 6. 7. 27. 29. In Folge der missio in bona des Prätors ergreift Nävius Besitz von Grundstücken in Gallien, und der Statthalter schreitet nur deshalb dagegen ein, weil Jener gegen das Edict des Prätors den Quinctius aus dem Mitbesitz vertrieben hatte. Vgl. Note 21.

12) S. oben § 66 Note 13—15.

13) S. oben § 66 Note 11.

14) S. oben § 62 Note 2. 17.

15) S. oben § 62 Note 26.

16) *L.* 3. *D. de off. Praes.* (1, 18). *Paul.* Praeses provinciae — imperium habet: et hoc dum in provincia est: nam si excesserit, privatus est. Vgl. das Verbot sie zu verlassen in *L.* 15.

dessen Imperium nach altem republikanischem Grundsatz in Kraft tritt, sobald er die Stadt verläßt[17]) und der deshalb Handlungen der freiwilligen Gerichtbarkeit vornehmen[18]), auch die contentiöse Jurisdiction seinem Legaten mandiren kann[19]), noch ehe er seine Provinz betreten hat, obgleich auch seine Verwaltung auf diese beschränkt ist[20]).

2) Die Machtbefehle des Magistrats haben nur innerhalb dieses Bezirkes Kraft, können auch durch seine Unterbeamten nur innerhalb desselben vollstreckt werden;

a) gegen Personen, insofern sie darin betroffen werden. So die Municipalmagistrate rücksichtlich der Zwangsmaaßregeln innerhalb des Stadtterritoriums, welches selbst daher seinen Namen hat[21]); die Provinzialstatthalter[22]) und der Präfectus urbi z. B. rücksichtlich der Ausweisung von Personen aus ihrem Jurisdictionsbezirk[23]) u. s. w.

eod. L. 3. D. de off. Praef. urbi (1, 12). *Ulp.* Praefectus urbi, cum terminos urbis exierit, potestatem non habet.

17) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 34. Von diesem Augenblick an hat er auch die proconsularischen Insignien. *L. 1. D. de off. Procons.* (1, 16).

18) *L. 2. pr. eod. L. 17. pr. D. de man. vind.* (40, 2).

19) Doch soll er von diesem Recht regelmäßig erst, nachdem er die Provinz betreten und damit seine Verwaltung begonnen hat, Gebrauch machen. *L. 4. § 6. L. 5. D. de off. Procons.* (1, 16).

20) *L. 1. cit.* potestatem autem non exercet, nisi in ea provincia sola, quae ei decreta est.

21) *L. 239. § 8. D. de verb. sign.* (50, 16). *Pomp.* Territorium est universitas agrorum intra fines cuiusque civitatis: quod ab eo dictum quidam aiunt, quod magistratus eius loci intra eos fines terrendi, id est summovendi ius habent. Die Worte District, Bann, Gebiet beruhen auf derselben Etymologie. Auch *Sic. Flaccus ed. Lachmann p.* 135. Regiones autem dicimus, intra quarum fines singularum coloniarum aut municipiorum magistratibus ius dicendi coërcendique est libera potestas und *L. 20. D. de iurisd.* (2, 1). *Paul.* Extra territorium ius dicenti impune non paretur, gehen auf richterliche Machtgebote.

22) *L. 7. §§ 10—15. D. de interd. et rel.* (48, 22). Durch kaiserliche Rescripte positiv ausgedehnt. *cf. Sueton. Claud.* 23. Für die Relegation innerhalb der Provinz bewendet es bei dem Grundsatz. *L. 7. §§ 1. 6—9. eod.*

23) *L. 1. § 13. D. de off. Praef. urbi* (1, 12). *Gai.* I. § 27. Auf den Polizeirayon der Stadt ist zu beschränken *L. 3. D. de off. Praef. urbi* (1, 12). *Ulp.* Extra urbem potest iubere iudicare. Vgl. Note 13.

b) In Bezug auf Sachen, die sich in diesem Bezirk befinden, z. B. die Einweisung in deren Besitz [24]), die Erlaubniß zur Veräußerung der Grundstücke Minderjähriger [25]) u. s. w. Dagegen ist die Entscheidung des Rechtsstreits über die Sache von ihrer Lage unabhängig [26]).

Diese räumlichen Grenzen der Jurisdiction eines Magistrats als durchaus iuris publici haben absolute Geltung, d. h. außerhalb derselben hat er überhaupt keine Amtsgewalt [27]), handelt er also im Fall ihrer Ueberschreitung ungültig.

§ 73. II. Die persönliche Beschränkung dagegen, d. h. die Unterwerfung gewisser Personen unter die Jurisdiction eines Magistrats [1]), ist, weil den Privatwillen berührend, mehr relativer Natur.

Zwar ist Jeder nur den Befehlen seines Richters (suus iudex) Gehorsam schuldig [2]), der Ungehorsam gegen einen andern ist straflos [3]); und für den Civilprozeß folgt daraus, daß der Beklagte, gegen den vorzugsweise der Gerichtszwang gesucht

24) Einer einzelnen Sache *L. 4. §§ 3. 9. D. de damno inf.* (39, 2), der Erbschaftssachen *L. un. C. I. ubi de hereditate* (3, 20). *Valer. et Gall.* a. 261, der Güter überhaupt *L. 12. § 1. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *Paul.* Is qui possidere iubetur, eo loco iussus videtur, cuius cura ad iubentem pertinet.

25) *L. 16. I. C. de praed. min.* (5, 71). *Diocl. et Max.* Ohne Zweifel nach einer speziellen, das Princip erweiternden Vorschrift.

26) *Fr. Vat.* § 326. *Diocl. et Max.* — non eiusdem provinciae Praesidem adeundum, ubi res, de quibus agitur, sitae sunt, sed in qua is, qui possidet, sedem ac domicilium habet. *L. un. C. I. ubi de hered.* (3, 30). *Valer. et Gallien.* vel si ibi — degit: wenngleich er sich, wo die Sachen belegen sind, aufhält. Arndts Beiträge. Bonn 1837. II. Das Endurtheil und die Execution hatte damals noch nicht die Sache selbst, sondern die litis aestimatio zum Gegenstand.

27) S. oben Note 13. privatus est und potestatem non habet.

1) Vom Magistrat heißt es: imperium habet in eos *L. 3. D. de off. Praes.* (1, 18), von der Parthei: iurisdictioni subiectus est *L. 29. D. ad mun.* (50, 1).

2) *L. 29. cit.* parere debet.

3) *L. 53. § 3. D. de re iud.* (42, 1). Contumaces non videntur, nisi qui, cum obedire deberent, non obsequuntur: id est, qui ad iurisdictionem eius, cui negant obsequi, pertinent. *L. 20. D. de iurisd.* (20, 1). — impune non paretur, — si supra iurisdictionem suam velit ius dicere, s. unten Note 21. *L. 2. § 1. D. si quis in ius voc.* (2, 5). — Si quis in ius vocatus non ierit — a competenti iudice multa — damnabitur.

wird, mit Erfolg nur vor seinem ordentlichen Richter belangt werden kann[4]), daß er hier, aber auch nur hier, die Klage annehmen[5]), dem Kläger persönlich oder durch einen Vertreter zu Recht stehen[6]), daß dieser also dem Beklagten in seinen Gerichtsstand (forum)[7]) folgen und diesen auch seinerseits anerkennen muß[8]). Denn vor einen andern Richter geladen (in ius vocatus), muß der Beklagte zwar erscheinen, damit der Magistrat selbst über seine Competenz entscheide[9]), erlangt aber durch eine praescriptio fori[10]), wenn er deren Grund beweist, daß er von der Einlassung entbunden, dem Kläger die Klage versagt wird[11]).

Allein da hiernach der Gerichtsstand ein Recht der Partheien ist, so hängt es von ihrer Willkühr ab, ob sie dasselbe gebrauchen wollen[12]). Sie können darauf verzichten: stillschweigend, indem der Kläger den Beklagten vor einen andern Richter belangt, dieser sich hier auf die Klage einläßt[13]), also beide Theile freiwillig, d. h. ohne Zwang oder Irrthum

4) Ibi conveniendus est. *L. 19. pr. D. de iudiciis* (5, 1). — *§ 4.* Utrobique posse conveniri.

5) Iudicium, actionem suscipere debet. *L. 5. § 3. D. quib. ex caus.* (42, 4). *L. 52. D. de reg. iur.* (50, 17).

6) Ubi quisque defendi debet. *L. 1. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). ibi defendendus est. *L. 19. pr. §§ 1—3. D. de iudiciis* (5, 1). ibi rem esse defendendam, ubi — debet agi. *L. 5. § 8. D. iud. solvi* (46, 7).

7) *Cic. Verr.* III. 15. extra suum forum. *L. 7. D. de iudic.* (5, 1). alterius fori u. A.

8) Actor rei forum sequi debet, ist zu Ende dieser Periode eine gangbare Rechtsparömie. *Fr. Vat.* §§ 325. 326. *L. 2. I. C. de iurisdict.* (3, 13). *Diocl. et Max.*

9) *L. 2. pr. D. si quis in ius voc.* (2, 5). *Paul.* Ex quacunque causa ad Praetorem vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius vocatus venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit. *L. 5. D. de iudic.* (5, 1). *Ulp.* Si quis ex aliena iurisdictione ad Praetorem vocetur, debet venire; — Praetoris enim est aestimare, an sua sit iurisdictio.

10) *L. 7. pr. D. qui satisdare* (2, 8).

11) S. Note 9. *L. 24. § 2. D. de iudic.* (5, 1). *Iulianus.* — denegandam actionem: — non datur actio. Der Prätor konnte unmöglich durch Aufnahme der praescriptio in die Formel den Judex über seine Competenz erkennen lassen.

12) *L. 7. pr. cit.* iure fori uti.

13) *Arg. L. 30. L. 33. D. de iud.* (5, 1).

sich dem nicht competenten Richter unterwerfen [14]); oder ausdrücklich, indem die Partheien durch einen förmlichen Vertrag (vadimonium, stipulatio iudicio sisti) sich zum voraus verpflichten, vor diesem an sich nicht competenten Richter Recht zu nehmen [15]). In beiden Fällen wird dessen Competenz für die vorliegende Sache durch den Willen der Partheien begründet [16]), nur gegen deren Willen handelt er ungültig [17]). Vorausgesetzt wird freilich dabei, daß er überhaupt Jurisdiction habe [18]). Denn zum öffentlichen, mit Staatsautorität versehenen Richter können die Partheien durch Vertrag Niemanden machen, der es nicht ist [19]); auch einem Magistrat nicht ein Maaß oder eine Art der Gerichtbarkeit zuwenden, die seinem Amt nicht zukommt [20]). Doch hat hierin das römische Recht geschwankt [21]).

14) *L. 1. D. de iudic.* (5, 1). *Ulp.* Si se subiiciant aliqui iurisdictioni et consentiant: inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio. Irrthum und Zwang schließt den Consensus der Partheien aus. *L. 2. pr. eod.* Die bewußte Einwilligung des Magistrats ist nicht nothwendig. *L. 2. § 1. eod.*

15) Von einer nuda conventio können die Partheien vor Anbringung der Sache zurücktreten. *L. 18. D. de iurisd.* (2, 1). Erst Justinian hat das pactum adiectum für bindend erklärt. *L. 29. I. C. de pactis* (2, 3).

16) *L. 1. cit.* Note 14. inter consentientes — est iurisdictio. *L. 1. I. C. de iurisd.* (3, 13). *Antonin.* — cum — is consentientibus adversariis sententiam tulerit, intelligitis, vos acquiescere debere rei ex consensu vestro iudicatae.

17) *Iust. Cod.* 7, 48. *si a non competente iudice iudicatum esse dicatur. L. 2. Gordian. cf. L. 4. Grat. Val. et Theodos. a.* 379. ne quemquem litigatorum sententia non a suo iudice dicta constringat.

18) *L. 1. cit.* Note 16. cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet.

19) *L. 3. I. C. de iurisd.* (3, 13). *Antonin.* Privatorum consensus iudicem non facit, qui nulli praeest iudicio: nec quod is statuit, rei iudicatae continet auctoritatem. Hinweisung auf die Wirkung des schiedsrichterlichen Urtheils durch die poena commissa.

20) z. B. Imperium dem Municipalmagistrat. Vgl. die folg. Note.

21) a) Ueber die Beschränkung der Municipalgerichtbarkeit auf Sachen eines gewissen Werthes *L. 28. D. ad mun.* (50, 1). *Paul.* Inter convenientes et de re maiori apud magistratus municipales agetur. *cf. L. 20. D. de iurisd.* (2, 1). b) Ueber die Jurisdiction des Prätor urbanus und Prätor peregrinus entscheidet nach der lex Iulia (iudiciorum privatorum) der Consensus der Partheien. *L. 2. § 1. D. de iudiciis* (5, 1).

Die Neuern nennen dieß den **gewillkührten Gerichtsstand** (forum prorogatum [22]) oder pacticium). Die Römer haben ihn unbeschadet der schärfsten Competenzbestimmungen zugelassen, weil diese nach ihrer Ansicht nur im Interesse der Partheien aufgestellt sind, dem Staat nur daran liegt, daß überhaupt, nicht durch welchen seiner gleichberechtigten Beamten in einer einzelnen Sache Recht gesprochen werde.

Welches sind nun die gesetzlichen Gründe der Unterwerfung einer Person unter einen bestimmten Richter, die **gesetzlichen Gerichtsstände**?

Jeder ist der Obrigkeit der politischen Gemeinschaft unterworfen, der er angehört. Also:

1) den **Municipalmagistraten** einer italischen oder Provinzialstadt (civitas, respublica, municipium)

a) jeder **Bürger** derselben (civis, municeps), er mag das **Bürgerrecht** nun durch eheliche Geburt vom Vater, durch uneheliche von der Mutter (nativitas, origo) oder was ihr gleichgilt, Adoption und Manumission, oder durch Aufnahme (allectio) erlangt haben [23]); aber auch

b) jeder **Beisasse** (incola), d. h. der unbeschadet seines dauernden Bürgerrechts in einer bestimmten Stadt in einer andern oder in deren Gebiet zur Zeit seinen **Wohnsitz** (**domicilium**) [24]) genommen hat. Denn indem er freiwillig

L. 15. D. de iurisd. (2, 1). c) Bei dem Procurator fisci können Privatsachen angebracht werden. *L. 1. I. C. de iurisd.* (3, 13). *L. 4. I. C. ubi causae fisc.* (3, 26).

22) Nach *L. 2. § 2. D. de iud.* (5, 1). — nisi specialiter principali iussione prorogatio fuerit inhibita: possunt tempora, intra quae (*iudex a Principe datus*) iussus est litem dirimere, prorogari.

23) *L. 1. pr. §§ 1. 2. D. ad mun.* (50, 1). *L. 7. I. C. de incolis* (10, 39). *Plin. Ep.* X. 115. Lege Pompeia permissum Bithynicis civitatibus adscribere sibi, quos vellent cives, dum *rel.* Näheres bei Savigny a. a. O. S. 46 folg. Die Wahl des Municipalmagistrats zu seinem Amt durch die Municipes ist nicht Unterwerfung des Einzelnen unter seine Jurisdiction. Vgl. Rudorff, Rechtsg. II. § 5 Note 2.

24) *L. 239. § 2. D. de verb. sign.* (50, 16). *Pomp.* Incola est qui aliqua regione domicilium suum contulit. — Nec tantum hi qui in oppido morantur, incolae sunt, sed etiam qui alicuius oppidi finibus ita agrum

den Mittelpunkt seines Geschäftslebens hierher verlegt [25]), ist er in diese örtlich bestimmte Rechtsgemeinschaft eingetreten und hat zwar nicht alle Rechte eines Bürgers, z. B. keinen Antheil an den Honores [26]), muß aber, weil er die gemeinen Vortheile der Stadt genießt [27]), auch ihre Lasten (munera) mittragen und ist der Stadtobrigkeit, deren Gewalt sich auf das Gebiet und seine Bewohner erstreckt, Gehorsam schuldig [28]). Beidem kann er sich aber entziehen, wenn er seinen Wohnsitz aufgiebt [29]).

Herkunft, Heimath- oder Bürgerrecht (origo, patria, civitas) [30]) und Wohnsitz oder Beisassenrecht (domicilium, ius incolatus) [31]) begründen also die Unterwerfung unter die städtische Niedergerichtbarkeit, und es giebt in dieser Instanz zwei

habent, ut in eum se, quasi in aliquam sedem, recipiant. *L. 7. C. I. de incolis* (10, 39). *Diocl. et Max.* — incolas vero domicilium facit *rel.* Im Vergleich mit dem ererbten und zu vererbenden, also ewig dauernden Bürgerrecht ist selbst der bleibende Wohnsitz, der durch Willkühr, jeden Falls durch den Tod aufhört, temporär. *L. 17. § 11. D. ad mun.* (50, 7). domicilii ratio temporaria. Aber zu unterscheiden von bloß vorübergehendem Aufenthalt: consistere, § 74 Note 2, und degere, § 72 Note 26, § 74 Note 2.

25) Ueber diesen Begriff und die Begründung des Domicils s. *L. 7. I. C. cit. L. 203. D. de verb. sign.* (50, 16). *L. 5. L. 6. § 2. L. 20. D. ad mun.* (50, 1). Savigny a. a. O. S. 58 folg.

26) Nur municipes *L. 23. pr. D. ad mun.* (50, 1) und selbst nur Decurionen *L. 7. § 2. D. de decur.* (50, 2). *Lex mun. Salp. c.* 25. Nachdem die honores eine Last geworden, erhielten einige Colonien das Privileg, auch die incolae dazu heranziehen zu dürfen. *Aggenus Urb. ed. Lachmann p.* 84. Ebenso war es ein Vorzugsrecht der römischen Bürger und Latinen, als incolae latinischer Municipien in einer besondern Curie mitzuwählen. *Lex mun. Mal. c.* 53.

27) Weil er diese Vortheile nicht genießt, war der auf einem ländlichen Grundstück (colonia, villa) Wohnende von gewissen städtischen Lasten befreit. *L. 27. § 1. L. 35. D. ad mun.* (50, 1).

28) *L. 29. D. ad mun.* (50, 1). *Gai. ad edictum provinciale.* Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est: nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet.

29) *L. 20. D. ad mun.* (50, 1). *L. 1. C. I. de incolis* (10, 39).

30) *Πολίτευμα* nennt deshalb der Apostel Paulus *Phil.* 3, 20. die himmlische Heimath der Christen (vgl. *Ebr.* 13, 14. *πόλιν*) im Gegensatz seiner irdischen Wanderschaft. Vgl. 2. *Cor.* 5, 6. folg.

31) *L. 5. I. C. de incolis* (10. 39).

Gerichtsstände, forum originis und forum domicilii[32]), unter denen der Kläger die Wahl hat.

Auf demselben Princip beruht es, daß

2) den Magistraten des römischen Volks in Rom (magistratus urbani), vor Allem a) dem Prätor urbanus alle Glieder der römischen Volksgemeinde (cives Romani), auch nachdem sich diese über ganz Italien, ja in Bürgercolonien auf die Provinzen ausgebreitet hatte, unterworfen waren. Der Bürger einer solchen italischen oder Provinzialstadt hatte also wie eine zwiefache Heimath (patria)[33]) so auch ein zwiefaches forum originis, in seinem Municipium vor dessen Magistraten, und in Rom vor dem Prätor urbanus, vor dem er jedoch nur dann in ius vocirt werden konnte, wenn er sich in Rom betreffen ließ; eine Nöthigung durch Vadimonium oder missio in bona dorthin zu kommen, fand gewiß nicht statt[34]).

b) Vor dem Prätor peregrinus war der Gerichtsstand verbündeter Fremden durch den Bündnißvertrag regulirt[35]). In demselben Maaße als diese Unterthanen des römischen Volks wurden, also in der Kaiserzeit als Einwohner (incolae) des römischen Reichs, waren sie ohne Zweifel auch dem Imperium dieses Magistrats unterworfen. Zeugnisse dafür fehlen in den uns erhaltenen Quellen, weil alle Einwohner des römischen Reichs seit Caracalla das römische Bürgerrecht[36]), also Rom zur gemeinsamen patria[37]) und vor dem

32) Das forum originis ist in der Natur strenger Gemeindeverbindungen begründet, und gilt deshalb auch heutzutage in der Schweiz (Savigny cit. S. 94), in Deutschland für die Ausbürger der freien deutschen Städte.

33) S. oben § 18 Note 3.

34) Hatte doch selbst der Siculer das Recht: ne extra suum forum vadimonium promittere cogatur. *Cic. Verr.* III 15. und die *lex Rubria c.* 21. verpflichtet zum Vadimonium nach Rom nur, wenn die Sache die Competenz des Municipalmagistrats übersteigt.

35) So durch das Foedus Latinum von 261, s. oben § 18 Note 9 und in dem Senatusconsultum de Asclepiade Clazomenio sociisque a. U. 676. *Corp. inscr. lat.* I. *p.* 110. *sq. lin.* 19. 20.

36) *L. 17. D. de statu hom.* (1, 5). *Ulp.* In orbe Romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt. Von den nichtrömischen Freigelassenen, die es auch ferner gab, kommen die Dediticier nicht in Betracht, weil sie

Prätor urbanus[38]) ihren gemeinsamen Gerichtsstand haben. Natürlich nur, insofern sie dort betroffen werden oder da Vermögen besitzen[39]), und mit Ausnahme der als Gesandte (legati) oder sonst in öffentlichen Geschäften nach Rom gekommenen Provinzialen, die, abgesehen von den während ihres Aufenthaltes contrahirten Verpflichtungen, das ius revocandi domum haben[40]).

Auf einem andern Princip beruht dagegen die persönliche Competenz

3) der Provinzialstatthalter. Zwar haben auch sie ihr Imperium, also auch Jurisdiction, nur über Leute ihrer Provinz[41]). Aber die Provinz ist nur ein administrativer Begriff, ein Verwaltungsbezirk; die ihr Angehörigen bilden keine politische Einheit[42]), man gehört ihr deshalb unmittelbar nur an durch Wohnsitz (domicilium), nicht durch Geburtsrecht (origo)[43]); der Geburtsort, regelmäßig mit dem Wohn-

die Hauptstadt und ihren Polizeirayon nicht betreten durften (*Gai.* I. § 27.), und die Latini Iuniani hatten schwerlich einen besondern Gerichtsstand.

37) *L. 33. D. ad mun.* (50, 1). *Modestin.* Roma communis nostra patria est. *L. 19. pr. D. de interd. et rel.* (48, 22). *L. 6. § 11. D. de excus.* (27, 1).

38) Der Prätor peregrinus kommt in Monumenten schon nach M. Aurel nicht mehr vor. S. oben § 63 Note 6.

39) S. unten Note 98—100.

40) *L. 28. § 4. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *L. 2. §§ 3—6. L. 5. L. 8. L. 24. — L. 28. pr. §§ 1—4. L. 39. D. de iud.* (5, 1). *L. 32. § 9. D. de receptis* (4, 8). *L. 5. § 1. D. de pec. const.* (13, 5). *L. 3. D. de legationib.* (50, 7). Dem Legatus war es durch ein Senatusconsult selbst verboten, sich mit andern als seinen Amtsgeschäften zu befassen. *L. 8. § 2. L. 9. L. 10. pr. L. 11. § 1. L. 12. L. 15. eod.* Die Ausnahme der in Rom contrahirten Verpflichtungen beruht auf demselben Princip wie das forum contractus und delicti commissi: die Versagung der Klage wäre Rechtlosigkeit für die Einheimischen, folgeweise auch für den Gesandten gewesen; doch fällt Beides nicht durchaus zusammen.

41) *L. 3. D. de off. Praes.* (1, 18). *Paul.* Praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet. *L. 2. I. C. de interdictis* (8, 1). *Val. et Gall. a.* 261. Praeses provinciae in eum, qui eiusdem provinciae non est, nec ex interdicto potest cognoscere.

42) Ueber die communia, *κοινά* vgl. Becker-Marquardt, röm. Alterth. III. 1. S. 268 folg.

43) *L. 190. D. de verb. sign.* (50, 16). *Ulp.* Provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos qui ex provincia oriundi sunt. Rudorff, Rechtsg. II.

sitz des Vaters zur Zeit der Geburt zusammenfallend, ist gleichgültig[44]). Mittelbar freilich auch durch das Bürgerrecht (origo) in einer Stadt der Provinz; aber diese Angehörigkeit begründet den Gerichtsstand vor dem Statthalter auch nur durch Vermittlung der Municipalmagistrate. So bei der Bestellung eines Vormunds[45]) unter Mitwirkung derselben[46]). Wenn die Stadtbehörde Einen zu den städtischen Ehren und Lasten heranzieht, und dieser sein Bürgerrecht bestreitet, cognoscirt und entscheidet der Präses dieser Provinz[47]). Ebenso natürlich, wenn er appellirt, in öffentlichen oder Privatsachen. Hingegen daß für Civilklagen in erster Instanz ein forum originis vor dem Provinzialstatthalter bestanden[48]), ist unerweislich, und eine solche Ausdehnung desselben bei seiner Lästigkeit für den Beklagten nicht wahrscheinlich, während das forum domicilii in dieser Anwendung durch zahlreiche Stellen bezeugt wird[49]).

S. 24 Note 17 bezieht diese Stelle auf das Verbot der Ehe des Statthalters mit Provinzialinnen, für welches jedoch, wie Savigny a. a. O. S. 52 Note e durch *L. 38. pr. D. de ritu nupt.* (23, 2) nachweist, die mittelbare Angehörigkeit durch origo maaßgebend war. Ebenso bei dem Verbot, in seiner Provinz das Amt des adsessor zu verwalten. *L. 3. D. de adsess.* (1, 22). ex altera (*sc. provincia*) ortus. Ob nicht provinciales hier wie sonst öfter allgemein den in Rom Domiciliirten entgegengesetzt werden oder welche andre spezielle Beziehung die viel besprochene Stelle haben mag, ob sie also meinen Satz beweist, steht freilich dahin. Den Satz selbst halte ich nach wie vor für richtig.

44) *Arg. L. 6. § 1. L. 17. § 11. D. ad mun.* (50, 1). Ebenso der Wohnsitz des Patrons. Savigny, Zeitschrift IX. S. 97 folg.

45) Forum originis a) der Pupillen *L. un. I. C. ubi petantur* (5, 32). *Antonin. L. 1. § 2. D. de tut. et cur.* (26, 5). *Ulp.* — qui sunt eiusdem provinciae (nehmlich mittelbar durch Bürgerrecht in einer Stadt) vel ibidem domicilium habent; b) des Vormundes *L. 5. I. C. qui dare* (5, 34). *Diocl. et Max.*, wo der Municipalmagistrate neben dem Statthalter ausdrücklich gedacht wird.

46) *L. 24. D. de tut. et cur.* (26, 5). *L. 6. C. I. qui dare* (5, 34). *L. 1. § 5. D. de mag. conv.* (27, 8).

47) *Arg. L. 37. pr. D. ad mun.* (50, 1).

48) Daß der Präses dieser Provinz einem Verbrecher das Betreten seiner patria interdiciren konnte, beruht auf seiner räumlichen Competenz. S. oben Note 19, unten § 74 Note 29.

49) *L. 19. § 4. D. de iud.* (5, 1). *L. 29. § 4. D. de inoff. test.* (5, 2). *Fr. Vat.* § 326. *L. 2. I. C. ubi et apud quem* (2, 47). *L.*

Auf einem administrativen Grundsatz beruht auch das Recht der Provinzialen, nur in dem Conventus, dem sie angehören, vor Gericht zu erscheinen [50]).

§ 74. Dieß sind die allgemeinen persönlichen Gerichtsstände, in denen alle Klagen gegen eine bestimmte Person angestellt werden können. Das römische Recht kennt aber seit ältester Zeit auch spezielle Gerichtsstände, welche auf dem vorübergehenden und partiellen Eintritt der Person in ein ihr fremdes Rechts- und Gerichtsgebiet, in die Rechtsgemeinschaft der dort Einheimischen [1]), beruhen und deshalb auf die Seite ihrer Persönlichkeit, die Aeußerung ihrer Freiheit, das Rechtsverhältniß beschränkt sind, für welche dieß geschieht. Das ist der Fall:

1) bei dem s. g. forum contractus. a) Wenn ein Fremder bei vorübergehendem Aufenthalt an einem Orte [2]) unter Umständen Verträge schließt, die bei seinen Gläubigern die Erwartung erregen, es sei seine Absicht, sie nicht erst nach seiner Rückkehr in die Heimath [3]), sondern hier zu erfüllen, sei es außergerichtlich oder durch Vermittlung des Richters [4]), so soll diese Erwartung nicht getäuscht werden; soweit er in die hier begründete Rechtsgemeinschaft eingetreten ist, muß er auch die Gewalt des zu ihrem Schutz bestellten Richters anerkennen, sich auf die Klage vor diesem einlassen [5]). Der Ort der Willens-

un. I. C. ubi de her. (3, 20). *L. 4. I. C. ubi causa status* (3, 22). Unbestimmt *L. 2. I. C. de iurisd.* (3, 13).

50) S. oben § 60 Note 16, § 67 Note 43. 44.

1) Hierauf ist die von Mühlenbruch, Archiv Bd. 19 S. 360 folg. bemerkte Aehnlichkeit des forum contractus mit dem forum domicilii zu beschränken. Eine praktische Folge dieser Aehnlichkeit ist, daß auch für die im Domicil contrahirten Verbindlichkeiten nach Aufhebung desselben das forum contractus begründet bleibt. *L. 2. I. C. de iurisd.* (3, 13).

2) Consistere nennen dieß die Römer im Unterschied von domicilium. *L. 19. § 2. D. de iud.* (5, 1). *Fragm. Vat.* § 232. *ibid.* *Mommsen* Note 1.

3) *L. 65. D. de iudiciis* (5, 1).

4) Die nicht nur im Fall böswilliger Verweigerung, sondern bei jeder Differenz über den Inhalt der Verpflichtung nothwendig wird, wie ja überhaupt Actio und Obligatio den Römern im Begriff zusammenfällt.

5) *L. 19. § 2. D. de iudiciis* (5, 1). Auf bonae fidei Contracte ist dieß nicht beschränkt, wie Wetzell cit. S. 350 annimmt; auf

erklärung ist überall nicht entscheidend[6]), sondern wo der im Contract dem Gläubiger unterworfene Wille durch Erfüllung wirksam werden soll[7]). b) Bei einer fortlaufenden Geschäftsführung gilt dafür Sitz und Mittelpunkt derselben[8]), und zwar nicht bloß für die Klagen Dritter gegen den Geschäftsführer[9]) oder den Herrn[10]), sondern auch für die gegenseitigen Verbindlichkeiten derselben, insbesondre die Rechnungslegung[11]). Die Neuern machen daraus ein besonderes forum gestae administrationis, während es nur eine Anwendung des allgemeinen Princips ist. c) Wird in dem Vertrage ein bestimmter Erfüllungsort ausdrücklich verabredet, so ist nach demselben Grundsatz das forum contractus hier begründet[12]), ja aus einem stricti iuris Contract konnte ursprünglich mit der strengen condictio certi: SI PARET DARI OPORTERE nur an diesem Orte geklagt werden, weil die Klage auch Forderung[13]),

argentaria und mutua pecunia wenden es an *L. 19. § 1. L. 45. pr. § 1. eod. L. 6. D. de eo quod certo loco* (13, 4).

6) *L. 65. cit.* ubi instrumentum dotale conscriptum est. *L. 3. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). non utique eo loco —, quo negotium gestum sit.

7) *L. 3. cit.* ubi quisque contraxerit: contractum autem — eo loco intelligitur, — quo solvenda est pecunia. *L. 21. D. de obl. et act.* (44, 7). Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit. *cf. L. 3. D. de legation.* (50, 7). Ich berichtige hierin also meine frühere Ansicht nach dem trefflichen Programm von Albrecht, über die Motive des Forum Contractus. Würzburg 1845. 4., dem in der Hauptsache auch Savigny cit. §§ 370 folg. und Wetzell cit. § 41 folgen. Worin ich von ihm und von diesen Schriftstellern abweiche, wird die Folge ergeben.

8) *L. 19. § 1. D. de iud.* (5, 1).

9) *L. 54. § 1. D. de procur.* (3, 3).

10) *L. 19. § 3. D. de iudiciis* (5, 1).

11) *L. 36. § 1. L. 45. pr. D. de iud.* (5, 1). *L. 4. § 5. D. de edendo* (2. 13). *L. 1. L. 2. I. C. de ratiocin.* (3, 21).

12) *L. 19. § 2. cit.* nisi alio loci ut defenderet, convenit. Das defendere begreift auch hier Beides, solvere und iudicium accipere. *cf. L. 63. eod. L. 10. D. de adm. tut.* (26, 7).

13) Darauf beruht es auch, daß wenn der Erfüllungsort durchaus in die Willkühr des Schuldners gestellt ist, der Schuldner leisten muß, wo, d. h. in welchem sonst begründeten Gerichtsstande, der Gläubiger klagt *L. 1. D. de annuis leg.* (33, 1). *L. 137. § 4. D. de verb. obl.* (45, 1), und daß das Interesse nach diesem bestimmt wird. *L. 22. D. de reb. cred.* (12, 1). *L. 4. D. de cond. trit.* (13, 3).

der Beklagte aber nur hier zu leisten schuldig ist. Erst durch Aufstellung der actio arbitraria de eo quod certo loco dari oportet im prätorischen Edict, deren freiere Formel die Nennung des verabredeten Erfüllungsortes zuließ und dem Arbiter die Berücksichtigung des Ortsinteresses zur Pflicht machte, wurde die Klage auch anderwärts, z. B. im Domicil des Schuldners, möglich[14]). Dasselbe gilt, wenn der Erfüllungsort des Damnationslegats durch den Testator bestimmt ist und der Erbe durch Annahme der Erbschaft sich auch dieser Bestimmung unterwirft[15]). Man hat diesen Fall des ausdrücklich bestimmten Erfüllungsortes durch den Namen forum solutionis ausgezeichnet, der aber mit gleichem Recht auch für die Fälle stillschweigender Uebereinkunft gebraucht werden kann.

Ueberall beruht das forum contractus nicht auf der objectiven Localisirung des Schuldverhältnisses, sondern auf der freien Willensbestimmung des Schuldners, hier zu leisten und sich damit zugleich den Gerichten dieses Orts zu unterwerfen. Es findet also nicht statt, wenn der Schuldner nur berechtigt ist, eine Sache da zu restituiren, wo sie sich eben befindet[16]), und ebensowenig wenn die Leistung ihrer Natur nach nur an einem bestimmten Orte möglich ist, z. B. die Tradition eines Grundstücks. Es müßte sonst für die persönliche Klage ein forum rei sitae angenommen werden[17]), das selbst für die dingliche

14) *Dig.* 13, 4. *de eo quod certo loco dari oportet.* *§ 33. Inst. de act.* (4, 6). *vers.* Loco plus petitur.

15) *L. 5. D. de eo quod certo loco* (13, 4). *cf. Gai.* II. § 204.

16) Bei Depositum, weil der Depositar überhaupt nicht thun, sondern nur dulden will, daß die Sache bei ihm niedergelegt und dann wieder zurückgenommen werde; ebenso bei andern (ähnlichen) actiones bonae fidei *L. 12. § 1. D. depositi* (16, 3); also z. B. nicht in Bezug auf die Tradition des Verkäufers. Bei dem legatum sinendi modo aus demselben Grunde (*Gai.* II. § 209), worauf nach Savigny's (cit. § 370 Note x) Vermuthung ursprünglich *L. 38. D. de iud.* (5, 1). *L. 47. § 1. D. de leg.* 1. (30) gingen. — Für die Vindication und die actio ad exhibendum, bei denen von einem forum contractus freilich aus andern Gründen nicht die Rede sein kann, s. noch *LL. 10—12. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 11. § 1. D. ad exhib.* (10, 4) und oben § 39 Note 8, § 52 Note 4, § 90 Note 16. Vgl. überhaupt Wetzell cit. § 4 Note 23—25.

17) Dieß verwirft auch Savigny cit. S. 232, nimmt aber

der classischen Jurisprudenz unbekannt ist [18]). Durch dieß Motiv hat das forum contractus eine gewisse Verwandtschaft mit dem gewillkührten Gerichtsstande, unterscheidet sich von diesem aber durch seinen objectiven Rechtsgrund [19]), vermöge dessen es den Schuldner auch im Falle formloser Verpflichtung unwiderruflich bindet [20]), den Kläger aber nur berechtigt, nicht verpflichtet, ihm also die Möglichkeit in dem allgemeinen persönlichen Gerichtsstand des Schuldners zu klagen nicht entzieht [21]). Geschichtlich gehört es der ältesten römischen Rechtsanschauung an [22]), welche die spätere Jurisprudenz nur sich zum Bewußtsein gebracht und folgerichtig entwickelt hat. Die eigenthümlichen Grundsätze für Fideicommisse dagegen beruhen auf mehr willkührlicher, Motive der Billigkeit und Zweckmäßigkeit berücksichtigender Kaisergesetzgebung (ius extraordinarium) [23]).

2) Bei dem forum delicti commissi kommt die gleiche allgemeine Rechtsanschauung, jedoch in entgegengesetzter Richtung, zur Anwendung. Denn wenn ein Fremder an einem Orte ein Verbrechen begeht, verletzend in diese Rechtsgemeinschaft eingreift, so wird er von dieser und von dem zu ihrem Schutz bestellten Gericht in natürlicher Reaction auch gegen seinen Willen ergriffen, und kann dagegen nicht geltend machen, daß er einer andern Rechtsgemeinschaft angehöre; diese schützt ihn hier nicht, er hat seine praescriptio fori verwirkt. So zunächst

doch S. 213 folg. das forum solutionis für diesen Fall an, obgleich von stillschweigender Unterwerfung, worauf auch er es im Allgemeinen gründet, nicht die Rede sein kann. Wetzell § 41 Note 11 läßt es dahin gestellt. Ueber die Ansicht der Römer entscheiden nicht *L. 43. D. de iud.* (5, 1). *L. 2. § 5. L. 7. D. de eo quod certo loco* (13, 4).

18) S. § 72 Note 26.

19) Savigny cit. S. 204.

20) Vgl. oben § 73 Note 15 und *L. 6. D. de eo quod certo loco* (13, 4), wonach bei dem formlosen Darlehn das forum contractus am verabredeten Zahlungsort begründet ist.

21) *L. 19. § 4. D. de iud.* (5, 1).

22) Nicht nur das latinische Bündniß von 261 d. St. kennt es (s. oben § 18 Note 9, § 25 Note 3), sondern die Jurisdiction des Prätor peregrinus beruhte zum guten Theil eben darauf.

23) *LL. 50—52. D. de iud.* (5, 1). *L. un. C. I. ubi fid. peti oporteat* (3, 17). *L. 66. § 4. D. ad SC. Treb.* (36, 1). Savigny cit. S. 232. Wetzell cit. § 41 Note 26. 27.

a) für die Strafe und das Strafgericht [24]) im Verhältniß Roms zu andern freien Völkern, deren Gericht der Verbrecher nach Bundes- oder Völkerrecht selbst ausgeliefert wurde [25]). Nach demselben Princip war die Competenz der iudicia publica in Rom und in den italischen Municipien geordnet [26]), und dasselbe galt ohne Zweifel für die wenigen Provinzialstädte, denen mit der Autonomie auch Criminaljurisdiction zustand [27]). Die späteren Quellen erwähnen das forum delicti commissi nur noch für die Verwaltungsbezirke der Reichsbeamten [28]), und machen dafür meist äußere Gründe der Zweckmäßigkeit geltend [29]). Der Civilanspruch konnte dann um des Zusammenhangs willen bei demselben Richter angebracht werden [30]). Ob auch

b) die Civilklage ex delicto für sich, steht dahin. Die Quellen enthalten dafür nur Analogien [31]). Aber eben diese und der oben entwickelte rechtliche Zusammenhang machen es mir wahrscheinlich, daß der Dieb und Räuber auch gegen die actio furti, der Beschädiger gegen die actio legis Aquiliae u. s. w. mit einer praescriptio fori nicht gehört wurde. Die Einheimischen wären sonst gegen Frevel der Fremden nur unvollkommen geschützt gewesen. — Daß der Verbrecher in bei-

24) Vgl. Geib, röm. Crim.-Prozeß S. 486 folg.

25) S. Walter, röm. Rechtsg. § 74.

26) S. oben § 58 Note 32.

27) S. oben § 67 Note 52.

28) *L. 22. L. 7. §§ 4. 5. D. de accus.* (48, 2).

29) Die Abschreckung *L. 28. § 15. D. de poenis* (48, 19), die Säuberung der Provinz von schädlichen Menschen *L. 2. L. 13. D. de off. Praes.* (1, 18); daher auch das forum deprehensionis in *L. 1. C. I. ubi de crim.* (3, 15). *Sev. et Ant.* (quaestiones — perfici) und die Auslieferung des Verbrechers an die heimathlichen Gerichte aus Courtoisie zugelassen wird. *L. 11. D. de cust. reor.* (48, 3). *L. 3. pr. D. de re mil.* (49, 16). *Ev. Luc.* 23, 7. Die Verwirkung der praescriptio fori privilegiati durch das Verbrechen bezeugt für das spätere Recht *L. 1. C. I. ubi Senatores* (3, 24).

30) *L. 4. § 4. D. fin. reg.* (10, 1). *L. 3. C. I. de ord. iud.* (3, 8). *Val. et Gal.* S. oben § 63 Note 22. 28. 32.

31) Der Herr muß die actio noxalis da übernehmen, wo der Sklave gesündigt hat. *L. 43. D. de nox. act.* (9, 4). Der Legatus hat gegen die actio ex delicto sein ius revocandi domum nicht. *L. 24. § 1. D. de iud.* (5, 1).

derlei Weise auch vor seinen Heimathgerichten (forum originis und domicilii) verfolgt werden konnte, bezweifle ich nicht[32]), da das forum delicti commissi ja nicht zu seinen Gunsten eingeführt war.

Alle diese Gründe persönlicher Unterwerfung unter die Jurisdiction eines Magistrats (Gerichtsstände) erleiden aber eine zwiefache Einschränkung:

1) durch die räumliche Begrenzung seiner Executivmacht und die dem alten ordo iudiciorum privatorum eigenthümliche Einleitungsform des Prozesses[33]). Denn

a) die in ius vocatio unter dem Schutz des Gerichts ist nur möglich, wenn der Beklagte am Gerichtsort angetroffen wird[34]), und

b) die missio in bona gegen den Abwesenden als indefensus, der pro damnato gilt, wenn er da Vermögen besitzt[35]).

Hierin lag also eine Milderung derjenigen Gerichtsstände, z. B. des forum originis, forum contractus u. s. w., die den Beklagten nöthigen, außerhalb seines Wohnsitzes Klagen anzunehmen. In der extraordinaria cognitio freilich kann auch der Abwesende, der nichts hier besitzt, dreimal edictaliter vorgeladen und die Sache sodann in contumaciam gegen ihn verhandelt werden[36]). Realcitation aber durch Requisition eines

32) Anders Rudorff, Rechtsg. II. § 104 Note 32. *L. 2. C. l. ubi de crim.* (3, 15) ist freilich kein Beweis dafür; denn si ibi degit heißt nur: wenn er in foro competenti angetroffen wird, so kann die Cognition sofort beginnen. Vgl. Note 37.

33) Nicht sowohl durch eine positive „Rechtsvorschrift". Vgl. Savigny cit. S. 74 folg.

34) *L. 19. pr. D. de iud.* (5, 1). conveniendus si ibi inveniatur. *L. 1. D. de eo quod certo loco* (13, 4). agendi facultas — si promissor ad eum locum — numquam accederet.

35) *L. 19. pr. cit.* absens ibi defendendus est. *§ 1.* et si non defendat, — bona possideri patietur. *L. 1. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet. *L. 12. § 1. eod.* Auch in Rom fand dieß forum arresti gegen den Provinzialen statt; wo dieser Vermögen besaß, mußte er für defensio sorgen. Oben Note 21.

36) *L. 53. §§ 1. 3. D. de re iud.* (42, 1). Der Prätor urbanus aber konnte dieses Contumacialverfahren gegen Provinzialen, die sich nicht in Rom betreffen ließen, gewiß nicht einleiten.

andern Richters war dem Rechte dieser Zeit in Civilsachen unbekannt. Nur in Criminalsachen kann der Präses, in dessen Provinz das Verbrechen begangen worden, die Auslieferung des Verbrechers von seinem Collegen erbitten [37]).

2) Durch persönliche Würde ist von der Gewalt eines Magistrats, der er nach allgemeinen Grundsätzen unterworfen sein müßte, jeder andre Magistrat eximirt, der eine gleiche oder höhere Gewalt hat, so lange er diese Magistratur bekleidet [38]). Freiwillig aber kann er sich seiner Jurisdiction unterwerfen [39]).

§ 75. Da wir das Verhältniß des Gerichts zu den Rechtsquellen durchweg in die Betrachtung herein gezogen haben, so ist die Frage, inwieweit der Umfang verschiedener Rechte und ihrer Geltung, die Competenz des Rechts nach römischer Ansicht, dem Umfang der Gerichtbarkeit entspricht, hier nicht zu umgehen [1]). Es kommen hierbei sowohl die beiden Systeme des gemeinen Rechts, das ius civile und ius gentium, als die localen Statuten, meist Stadtrechte [2]), in ihrem Verhältniß zu einander in Betracht; nicht aber diejenigen Staatsgesetze, die den Kreis ihrer Geltung willkührlich bestimmen [3]).

Im Allgemeinen fällt Beides, Recht und Gericht, insofern nicht zusammen, als das Gericht zwar nach dem eigenthümlichen Recht der Gemeinschaft, dem es angehört, zu verfahren [4]), den

37) *L. 7. D. de custodia reor.* (48, 3).

38) *L. 3. § 3. L. 4. D. de receptis* (4, 8).

39) *L. 14. D. de iurisd.* (2, 1).

1) Ausführlich handelt hiervon Savigny cit.; jedoch überwiegend nach heutigem Recht, während uns nur das römische interessirt.

2) In republikanischer Zeit die Freistädte, deren eigenthümliches Recht ausdrücklich gewährleistet ist, s. oben § 60 Note 19. 26. 27, in der Kaiserzeit die factisch fortbestehenden Localrechte, z. B. der Galatischen Gemeinden *Gai.* I. § 55., der Bithynischen *Ibid.* § 193. u. A.

3) Vgl. Savigny cit. S. 34 folg. Solche sind die von Demselben S. 77 folg. angeführten Gesetze, die deshalb über die allgemeine Rechtsanschauung der Römer keinen Aufschluß geben.

4) In diesem Sinne ist suis legibus und suis iudicibus uti identisch. S. oben § 60 Note 19. 23. 24. Savigny cit. S. 131.

Rechtsstreit aber nach Grundsätzen objectiver Gerechtigkeit, also nach dem Recht zu entscheiden hat, unter dessen Herrschaft das streitige Rechtsverhältniß steht[5]). Diese Herrschaft ist aber, wie die Gerichtbarkeit, theils räumlich theils persönlich begrenzt.

1) Räumlich wird der erweiterte Sitz des römischen Volks und der Sprengel seines Gerichtsvorstandes, des Prätor urbanus, Italien, auch als das Gebiet des Civilrechts betrachtet, so daß italische Grundstücke nur in den Formen des Civilrechts zum Eigenthum erworben und mit Servituten belastet werden können. Die fremden, durch Eroberung dem römischen Volke unterworfenen, durch seine Statthalter verwalteten Länder, der gesammte Provinzialboden steht unter der Herrschaft des ius gentium[6]). Das Recht beweglicher Sachen dagegen richtet sich in dieser Beziehung nicht nach ihrer wechselnden Lage, sondern nach dem Recht des Erwerbers[7]).

Nach demselben Princip gelten auch die Localstatuten der Stadtgemeinden für die zum Territorium gehörigen Grundstücke, ja selbst für bewegliche Sachen, aber wohl nur insofern sie in demselben ihre bleibende Bestimmung finden[8]).

Daß die entsprechende räumliche Begrenzung der Gerichtbarkeit, ein forum rei sitae nur für Executivhandlungen, nicht für die Entscheidung des Rechtsstreits über Sachen galt, wurde oben bemerkt[9]).

2) Persönlich sind dem Civilrecht alle römische Bürger unterworfen. Denn ihre Rechtsfähigkeit nach Civilrecht bedingt auch die Anwendung desselben auf ihre Person und die vermöge jener Rechtsfähigkeit eingegangenen Rechtsverhältnisse[10]). Es

5) Savigny cit. S. 10 folg.

6) *Gai.* II. §§ 31. 27. 46. I. § 120. *Ulp.* XIX. 1. *Cic. pro Flacco* 32. *Frontin. ed. Lachm.* p. 36. *L. un. C. I. de usuc. transf.* (7,31). Rudorff, Rechtsg. I. § 12 Note 9. 10.

7) *Gai.* II. §§ 24. 65. Insofern galt also damals die Regel: mobilia ossibus inhaerent. Savigny cit. S. 171.

8) S. oben § 60 Note 26 das Plebiscit de Termensibus. Vgl. Savigny cit. S. 169.

9) S. § 72 Note 24—26.

10) Mit Unrecht schließt daher Savigny cit. S. 84 dieß Verhältniß von seiner Aufgabe aus.

entspricht dieß dem gemeinsamen persönlichen Gerichtsstand aller römischen Bürger vor der allgemeinen Gerichtsobrigkeit des römischen Volks, dem Prätor urbanus. Das gemeine Recht der Peregrinen ist das ius gentium, das in dem Gericht des Prätor peregrinus, des allgemeinen Vertreters des römischen Staats den Fremden gegenüber, sich ausgebildet hatte und hier vorzugsweise zur Anwendung kam [11]). In den Provinzen ist die Jurisdiction beider Prätoren, die Verwaltung des Civilrechts und des ius gentium, in der Competenz des Statthalters vereinigt [12]). Allein die Geltung des ius gentium ist auf die Peregrinen nicht beschränkt; denn auch die römischen Bürger müssen es als Basis ihrer Rechtsgemeinschaft mit den Peregrinen anerkennen [13]), und in ihrer höheren Rechtsfähigkeit nach ius civile ist die geringere, zu Verhältnissen des ius gentium, enthalten [14]). Nur wenige den Peregrinen eigenthümliche Rechtsverhältnisse waren ihnen nicht zugänglich [15]). Andrerseits ist auch die Geltung des ius civile partiell auf eine bevorzugte Classe der Fremden, die Latinen, nehmlich vermöge des commercium auf ihre Eigenthums- und eigenthumsähnlichen Rechte [16]), ausgedehnt. Endlich werden die römischen Strafgesetze, auch rücksichtlich der Civilklage, auf alle Unterthanen des römischen Reichs ohne Unterschied des Geburtsrechtes angewandt [17]).

Was die Anwendung der Localstatuten im Verhältniß zu einander betrifft, — denn im Verhältniß zum gemeinen Recht gingen sie diesem natürlich vor, — so fehlt es fast ganz an bestimmten Zeugnissen hierüber. Nach Analogie der für das gemeine, nehmlich das Civilrecht geltenden Grundsätze darf aber

Heutzutage freilich, wo bei allen civilisirten Völkern völlige Rechtsgleichheit der Einheimischen und Fremden gilt, findet sich dafür keine Analogie. S. Denselben S. 25. 98 folg.

11) S. § 57 Note 13.

12) S. § 67 Note 30.

13) S. § 57 Note 11 und 12.

14) So daß auf diese Weise das ius gentium ein Bestandtheil des gemeinen Rechts der römischen Bürger wurde. Vgl. § 57 Note 14—17.

15) *Gai*. III. § 134.

16) *Ulp*. XIX. 4. 5. XX. 8. 14. *cf*. *Gai*. I. § 23.

17) *Gai*. IV. § 37. Freilich mit der Beschränkung: si modo iustum sit, eam actionem etiam ad peregrinum extendi.

angenommen werden, daß jeder Bürger (civis) einer Stadt im Allgemeinen nach dem Rechte dieser seiner Vaterstadt (patria), in der er auch seinen allgemeinen Gerichtsstand (forum originis) hatte, beurtheilt wurde [18]). So für seine Rechts- und Handlungsfähigkeit [19]), seine Familienverhältnisse [20]) und seine Erbschaft [21]). Daß dieß selbst für sein Testament und dessen Form galt, ist ausdrücklich bezeugt [22]). Für Contracte [23]) und Delicte hingegen galt ohne Zweifel das Recht des Orts, wo diese vorgekommen sind, nach Analogie des forum contractus und delicti commissi, deren Princip hierin seine Ergänzung findet [24]). Die Römer scheinen jedoch diese Consequenz des Princips in enge Grenzen eingeschlossen zu haben; denn die Verpflichtung des Erben aus der Bürgschaft des Erblassers wird durch dessen Heimathrecht bestimmt [25]).

Bemerkenswerth ist endlich, daß schon nach alten Bündnißverträgen und Privilegien selbst römische Bürger, die sich in einer autonomen Stadt aufhielten, den Gesetzen derselben in Bezug auf die hier begründeten Rechtsverhältnisse unterworfen sein sollten [26]).

---

18) Vgl. Savigny cit. S. 87.

19) *Gai.* I. §§ 189. 193. Vgl. Savigny cit. § 362.

20) *Gai.* I. §§ 55. 92. 189. *Fr. Dos. de manum.* § 12. (14.) Vgl. Savigny cit. §§ 379 folg.

21) Vgl. Savigny cit. §§ 375 folg.

22) *Ulp.* XX. 14. — quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur. Für adversus vgl. XXVIII. 1. *L.* 5. *D. de usurp.* (41, 3). Auch hier wie bei dem forum contractus entscheidet also nicht der Ort der Willenserklärung, sondern wo der Wille wirksam werden soll, nehmlich im forum originis des Testirers.

23) *Gai.* III. § 96. verweist rücksichtlich der Contractsform unter Peregrinen auf singularum civitatium iura, jedoch ohne die Bedingungen ihrer Anwendung zu bestimmen.

24) Savigny cit. § 372 S. 246.

25) *Gai.* III. § 120. — fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio iure civitas eius utatur. Der Bürge hat sich nur nach seinem persönlichen Geburtsrecht verpflichten wollen, der Gläubiger konnte nicht mehr erwarten; das Heimathrecht des Erben ist gleichgültig.

26) So in Chios und Termessus. S. oben § 60 Note 26.

Excurs III.

Gerichtsgehülfen.

§ 76. Die Römer wußten in allen Zeiten, auch in der höchsten Blüthe des Freistaats, wo die Collectivweisheit eines Senats von mehr als Dreihunderten die innere und äußere Politik leitete, und die letzte Beschlußnahme in wichtigen Staatssachen bei der versammelten Bürgerschaft war, die Vorzüge des Individualamtes zu schätzen, wenn es auf eine gewissenhafte rechtliche Entscheidung oder auf energische Durchführung eines Beschlusses ankam. Insbesondere charakterisirt es die römische Gerichtsverfassung von der frühesten bis in die späteste Zeit, daß, während wir ein wohl besetztes Gericht nur collegialisch denken können, der Civilrichter in der Regel, und zwar der Geschworne wie die Gerichtsobrigkeit, ein Einzelner ist[1]), der nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit (cognitio) und gewissenhafter Erwägung (ex animi sui sententia, religio iudicantis) das Urtheil spricht.

Aber sie verkannten ebensowenig den Werth eines juristischen Beirathes (consilium). Deshalb war es von jeher Sitte und Sache moralischer Verpflichtung, daß die Prätoren in Rom[2]) und die Statthalter in den Provinzen[3]) mit rechtskundigen Freunden oder sonst angesehenen Männern zu Gericht saßen und, nicht ohne diese zuvor gehört zu haben (in consilium ire, de consilii sententia), in Civil- und Criminalsa-

1) Die Criminalgeschwornen und die Centumvirn bilden politische Körperschaften, die das Volk repräsentiren. Die Mehrzahl der Recuperatoren diente wohl mehr der Beschleunigung des Urtheils durch Majoritätsbeschluß, als der Gründlichkeit desselben.

2) *Cic. de Or.* I. 37. (*L. Crassus*) — nobis in tribunali Pompeii Praetoris urbani familiaris nostri sedentibus. — Auch die Censoren hatten bei Abhaltung des Census ein Consilium. *Varro de LL.* VI. § 87. *M.*

3) *Cic. Verr.* II. 29. *sq.* in consilio habebat homines honestos e conventu Syracusano, qui Sacerdoti (*Praetori Siciliae*) in consilio fuerunt. Dem Verres wird vorgeworfen, daß er das Consilium aus seiner Cohorte gebildet.

chen [4]), ja selbst in zweifelhaften Verwaltungsangelegenheiten [5]), ihre Entscheidung trafen. Ebenso die Einzelgeschwornen [6]).

In den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit dauerte diese Sitte in derselben freien Weise fort [7]), so daß selbst Kaiser, welche die Republik affectirten, als Beisitzer an den gerichtlichen Verhandlungen der Magistrate Theil nahmen [8]). Zu Anfang des dritten Jahrhunderts kündigt sich auch in der festern Gestaltung dieser Institution die durchgebildete Bureaukratie der spätern Zeit an [9]).

Jeder Magistrat mit Staatsgerichtbarkeit soll [10]) einen oder mehrere rechtskundige [11]) **Beisitzer** (adsessores [12]), con-

4) In der Provinz vertraten sie factisch die Stelle der Criminalgeschwornen in Rom, s. *Cic.* Note 3, sind aber mit diesen in *Lex rep.* § 57. *C. I. lat.* I. *p.* 61. nicht zu verwechseln.

5) *Cic. Verr.* V. 21. Verres erläßt de consilii sententia den Mamertinern die bundesmäßige Getreidelieferung, um seine Bestechung zu verschleiern.

6) In der Sache des Schauspielers Q. Roscius war C. Piso Geschworner, der Consular C. Perperna sein advocatus oder Beisitzer. *Cic. pro Rosc. com.* 1. 4. 5. 8. C. Aquillius, Geschworner in der Sache des P. Quinctius, hatte drei Beisitzer. *Cic. pro Quinct.* 2. 10. 30. Von einer andern Sache erzählt *Val. Max.* VIII. 2, 2. C. Aquillius, vir magnae auctoritatis et scientia iuris civilis excellens, iudex addictus, adhibitis in consilium principibus civitatis *rel.*

7) In Rom *Plin. Ep.* I. 20. frequenter egi, frequenter iudicavi, frequenter in consilio fui. Die Prätoren *Seneca de tranq. animi* 3. *Plin. Ep.* I. 5. in officio Praetoris. *Gell.* I. 22, 6. Der Praefectus urbi *Plin. Ep.* VI. 11. Die Geschwornen *Sueton. Domit.* 8. *Gell.* XII. 13, 2. XIV. 2, 3. Die Provinzialstatthalter *Plin. Ep.* X. 19. *Fronto Ep. ad Ant. P.* 8. In den gerichtlichen Protokollen ist die solenne Formel vor dem Urtheil: c. c. c. = cum consilio collocutus. *Inscr. Tarracon.* Mommsen, Stadtrechte S. 488. Vgl. *Act. Ap.* 25, 12.

8) *Tac. Ann.* I. 75. iudiciis assidebat in cornu tribunalis, ne Praetorem curuli depelleret. *Sueton. Tib.* 33. *Claud.* 12. *Dio Cass.* 69. *p.* 790 (v. Hadrian). *Spartian. Adr.* 9. Praetorum et Consulum officia frequentavit.

9) *Dig.* 1, 22. *de officio Adsessorum.* Darüber schrieb Paulus einen liber singularis. *L. 1. h. t.* Die libri adsessoriorum des Sabinus und Puteolanus dagegen enthielten Rechtsfälle, wie sie auch früher von den Beisitzern gesammelt werden konnten. *L.* 5. *§* 8. *D. de iniur.* (47, 10). *L. 12. D. de pactis* (2, 14).

10) Daher der Vorwurf gegen Diocletian, *Lactant. de mort. pers.* 22. Iudices militares litterarum rudes sine assessoribus in provincias immissi. *cf. Lamprid. Alex.* 46.

11) Daher iuris studiosi. *L. 1. h. t. L. 4. D. de extr. cogn.* (50, 13).

12) Adsidere und Adsessura

siliarii)[13]) haben. So die Consuln und Prätoren[14]), die Provinzialstatthalter in der gesetzlich beschränkten Zahl ihrer Begleiter (comites)[15]) und die Praefecti praetorio als kaiserliche Appellationsrichter[16]). Der Magistrat wählt und besoldet seinen Adsessor nach freier Uebereinkunft[17]), dem außerdem ein Staatsgehalt angewiesen ist[18]). Nur anrüchige Personen[19]) und Eingeborne der Provinz, als durch ihre Connexionen verdächtig[20]), sind von der Wahl ausgeschlossen. Die Functionen des Adsessors, die eine höhere geistige Befähigung voraussetzen

heißt das Amt. *L. 3. D. de proxenet.* (50, 14).

13) *L. 5. D. h. t.*

14) Der Jurist Celsus war Beisitzer im Gericht des Consuls. *L. 29. D. de leg.* 2. (31), Ulpian beim Prätor. *L. 9. § 3. D. quod met. caus.* (4, 2). *L. 8. D. de man. vind.* (40, 2). Etwas anderes ist in *L. 3. § 1 D. de min.* (4, 4): Celsus ex facto a Flavio Respecto Praetore consultus *rel.*

15) Ueber diese comites überhaupt s. *Cic. Verr.* II. 10. *pro Rabirio* 6. *Horat. Sat.* I. 7, 25. *Ep.* I. 8, 2. *Iuvenal.* 8, 127. *L. 16. D. de off. Praes.* (1, 18). *L. 33. D. de reb. cred.* (12, 1). *L. 7. D. ad leg. Iul. de vi publ.* (48, 6). *L. 5. D. de lege Iul. rep.* (48, 11). Vgl. § 77 Note 92. Die gesetzlich bestimmte Zahl, durch welche Privatbegleiter, Freunde u. s. w. nicht ausgeschlossen sind, steht im öffentlichen Dienst und empfängt Staatsbesoldung. *L. 32. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *L. 41. § 2. D. de excus.* (27, 1). *L. 12. § 1. D. de vacat.* (50. 5). Der Statthalter hat die Disciplin über sie *L. 6. § 1. D. de poenis* (48, 19); nimmt sie aber nach freier Wahl an und zahlt ihnen das verabredete Salar, das sie nach den Grundsätzen der locatio operarum extra ordinem einklagen können. *L. 1. § 8. D. de extr. cogn.* (50, 13). Ebendieß wird auch von den Adsessoren bezeugt, die also zu ihnen gehörten. *L. 4. D. eod. L. 4. D. h. t. L. 19. § 10. D. locat.* (19, 2).

16) Papinian, Ulpian, Paulus mit Andern waren ihre Beisitzer. *L. 3. § 3. D. de usuris* (22, 1). *L. 40. D. de reb. cred.* (12, 1). *Spartian. Pescen. Nig.* 7. Note 24.

17) S. Note 15. Die Uebereinkunft kann selbst durch einen Mäkler vermittelt und das Mäklergeld extra ordinem eingeklagt werden. *L. 3. D. de prox.* (50, 14).

18) *Spartian. Pesc. Nig.* 7. *Lamprid. Alex.* 46.

19) *L. 2. D. h. t.* Freigelassene werden zugelassen.

20) *Spartian. Pesc. Nig.* 7. *L. 3. D. h. t. L. 37. L. 38. pr. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). T. Sennius Solennis, von dem die merkwürdige Inschrift von Thorigny (Mommsen, epigr. Analekten. Ber. der sächs. Gesellsch. 1852. S. 238 folg.) handelt, war aus der provincia Lugdunensis gebürtig und dennoch Adsessor des Judex der kaiserlichen Eisenhüttenwerke in derselben. Ob, weil unentgeltlich, wie Mommsen vermuthet, s. *L. 6. D. h. t.*, oder aus andern in *L. 37. L. 38. pr. cit.* angedeuteten Ausnahmegründen, steht dahin.

und ihn von den Subalternbeamten unterscheiden, bestehen: 1) in der Theilnahme an den Gerichtssitzungen und in Abgabe eines Rechtsgutachtens, auf das der Magistrat seine Verfügung oder sein Urtheil gründet[21]) und für das der Adsessor verantwortlich ist[22]), und 2) in der Abfassung der jetzt immer häufiger werdenden schriftlichen Erlasse des Magistrats[23]). Vermöge der hierbei zu gewinnenden Geschäftskenntniß war die Adsessur die Vorschule für die selbständige Verwaltung von Staatsämtern[24]).

Daß auch die Municipalmagistrate in Verwaltung der städtischen Gerichtbarkeit sich eines Consiliums bedienten, dafür besitzen wir wenigstens Ein Zeugniß[25]). Zu einer festen Einrichtung mit Anweisung einer öffentlichen Besoldung wurde es aber hier nicht gestaltet[26]). Am wenigsten kann der Stadtsenat (ordo decurionum), der nur außerordentlicher Weise in bestimmten Fällen an der Rechtspflege Theil nimmt[27]), dafür gelten[28]).

21) Seneca in Note 7 hat dafür den prägnanten Ausdruck: qui inter peregrinos et cives aut urbanus Praetor adeuntibus Adsessoris verba pronuntiat.

22) *L. 2. D. quod quisque iuris* (2, 2).

23) *L. 1. D. h. t. Paul. lib. sing. de officio Adsessorum.* Omne officium Adsessoris, quo iuris studiosi partibus suis funguntur, in his fere causis constat: in cognitionibus, postulationibus, libellis, edictis, decretis, epistolis.

24) *Spartian. Pesc. Nig.* 7. Intimavit etiam, ut Adsessores, in quibus provinciis adsedissent, in his administrarent; quod postea Severus et deinceps multi tenuerunt, ut probant Pauli et Ulpiani praefecturae, qui Papiniano in consilio fuerunt.

25) *L. 6. D. h. t. Pap.* In consilium Curatoris reipublicae vir eiusdem civitatis adsidere non prohibetur. Der Curator (λογιστής) ist ein vom Kaiser seit Trajan erst außerordentlich, dann ordentlich aus den Decurionen erwählter städtischer Beamter zur Ordnung der zerrütteten städtischen Finanzen, der in einschlagenden Rechtssachen wie früher der Duumvir (*Lex mun. Mal. c.* 69.) auch zu Gericht sitzt. *L. 2. § 6. D. de adm. rer. ad civ.* (50, 8). Vgl. Becker-Marquardt, röm. Alterth. III. 1. S. 362 folg.

26) *L. 6. cit.* quia publico salario non fruitur.

27) Bei der causae probatio der Manumission des minor XX annis bildet er das Consilium *Lex mun. Salp.* 28. *cf. Gai.* I. §§ 20. 38. *sqq. Ulp.* I. 13; er wirkt zur Bestellung eines Vormundes mit *ibid. c.* 29., zum Verkauf der der Gemeindekasse gestellten Bürgen und Pfänder *Lex mun. Mal. c.* 65., erkennt über die

Bei dem Sinken des Instituts der Geschwornen (iudices pedanei) werden Beisitzer derselben nirgends mehr erwähnt.

§ 77. Auch in Bezug auf die subalternen Gerichtsgehülfen, die den Charakter der Rechtspflege mehr bestimmen, als man gewöhnlich annimmt, berühren sich in dieser Periode die eigenthümlichen Einrichtungen der Republik und die der durchgebildeten Militärdespotie. Zuerst von jenen.

Bei uns heutzutage wird der Staatsdienst als ein besonderer Lebensberuf betrachtet und das höhere und niedere Beamtenthum bildet einen eigenen Stand. In dem römischen Freistaat waltete die idealere Ansicht ob, daß, während die Gesammtheit der Bürger in der Volksversammlung mitrathet, im Heere mitthatet [1]), auch jeder Einzelne, je nach verschiedener Stellung und Begabung in verschiedener Weise, dem Staate dient. So in jährlichem Wechsel der Magistrate durch Verwaltung des obrigkeitlichen Amtes, die höheren und mittleren Stände als Geschworne, die niederen durch subalterne Hülfsleistungen bei den Magistraten, ohne deshalb ihre sonstige gewerbliche Stellung aufzugeben. Eigenthümlich ist diesen Letzteren nur, daß sie für ihre Dienste, weil niederer Art, Lohn (merces) empfangen. Es ist klar, daß durch diese naturgemäße Ansicht vom öffentlichen Dienste nicht nur die Theilnahme Aller am Staate gefördert, sondern der kastenartigen Abschließung und der Ueberfüllung des Beamtenthums, die den Staat leicht über Bedürfniß belastet, vorgebeugt wurde.

Appellation von der multae dictio des Duumvirs *ibid. c.* 66., und bestellt den Commissar zur Abnahme der städtischen Rechnungen *ibid. c.* 67 68. Ganz eigenthümlich und dunkel ist der Fall *Corp. Inscr. lat. num.* 577. *p.* 163. Hoc opus omne facito arbitratu Duo vir. et Duoviratium (?), qui in consilio esse solent Puteoleis, dum ni minus viginti adsient, cum ea res consuletur. Quod eorum viginti iurati probaverint, probum esto; quod ieis improbarint, inprobum esto.

28) Dieß behauptet Savigny, R. R. im MA. (2. Ausg.) I. § 26. Vgl. mein Handbuch S. 159.

1) Bekanntlich legte Marius den ersten Grund zur Umwandlung der Bürgermiliz, mit der Rom sein Weltreich gegründet, in eine Soldateska, mit der weder die Freiheit noch die Einheit von Heer und Nation bestand. Diese mit den Vorzügen eines stehenden Heeres zu verbinden, ist die unsern modernen Staaten gestellte Aufgabe.

Was nun die Subalternbeamten der Magistrate (apparitores magistratuum)[2]) überhaupt betrifft, so sind sie hauptsächlich Scribae, Lictores, Viatores, Praecones[3]), deren Gemeinsames zuvörderst darzustellen ist.

Fähig sind zu diesen öffentlichen Dienstleistungen (officia, munera publica) nur ehrenhafte römische Bürger[4]), wenngleich, um der damit verknüpften Vortheile willen, vorzugsweise die niederen gewerblichen Classen, insbesondere Freigelassene, sich darum bewerben[5]). Gewählt werden sie (leguntur) von dem Magistrat, dessen Amt sie sich anschließen, und zwar, wie es scheint, nicht für sein Amtsjahr, sondern zur Sicherung ihres öffentlichen Charakters in theilweiser Ergänzung ihrer Gesammtzahl für mehrere Jahre und zum Voraus für den Nachfolger[6]). Ihre Namen werden in einem Verzeichniß öffentlich

2) Hauptquellen sind: das erhaltene Bruchstück der lex Cornelia de XX quaestoribus a. 673. *cf. Tac. Ann.* XI. 22. in *Corpus Inscr. lat. num.* 202. I. *p.* 108 *sqq. ib. Mommsen*; das Senatusconsult bei *Frontin. de aquis c.* 100. und die Inschriften bei *Orelli-Henzen. cf. Indices* III. *p.* 118. *sqq.* Stellen der Schriftsteller giebt Becker, röm. Alterth. II. 2. S. 370 folg.; alle bis 1848 bekannten Inschriften auszugsweise, nebst einem vortrefflichen, die Verhältnisse selbst zur Anschauung bringenden Commentar *Mommsen, de apparitoribus magistratuum Romanorum*, im Rhein. Mus. für Phil. Neue Folge. VI. S. 1—57. Vgl. Becker-Marquardt cit. II. 3. S. 272 folg.

3) In dieser ihrer Stufenfolge führt sie die Ostiensische Inschrift bei *Mommsen cit. p.* 52. *Orelli* 4109. auf.

4) *Lex Corn.* I. 8. *sq.* de eis, quei cives Romanei sunt. *lin.* 33. quos eo ordine dignos arbitrabuntur. *Cic. pro Cluentio* 45. in Note 15.

5) *Tac. Ann.* XIII. 27. hinc (*ex libertinis*) plerumque — decurias, ministeria magistratibus et sacerdotibus *rel.*

6) Nach der *lex Corn.* I. *lin.* 7. *sqq.* — II. 6., welche die Zahl der Quästoren vermehrt hatte, sollte auch die Zahl ihrer Subalternen vermehrt werden, und zwar die Viatoren und Präconen des Quästor urbanus in der Art, daß das erste Mal die Consuln vor dem Amtsantritt des Quästors (kal. Decembr.) für die drei nächsten Jahre Einen zu den drei bisher für diese Zeit gewählten Viatoren und Präconen hinzuwählen, für die Folgezeit aber die Quästoren selbst die Wahl von vieren vornehmen sollten. Ein Drittheil der Gesammtzahl, früher drei, seit der Lex Cornelia vier, wurden also jährlich neu gewählt. Vgl. *Mommsen ibid.* Von der Wahl der scribae quaestorii (*Liv.* 40, 29.) sind uns leider nur die Schlußworte (*lex Corn.* I. 1—6.) erhalten.

aufgestellt [7]), ihr gesetzlich nach Umfang und Werth ihrer Dienstleistungen bestimmter Lohn (merces), der wohl nur ausnahmsweise ihren ganzen Lebensunterhalt bildete [8]), beim Aerarium angemeldet (defertur) und dann vom Aerarbeamten jährlich ausbezahlt (solvitur) [9]). Jede einem Magistrat beigeordnete Classe von Subalternen bildet eine Corporation (ordo) [10]) von einer oder mehreren Decurien (decuriae) [11]) und mit eignen Vorständen (Decemprimi, Sexprimi, Magistri) [12]). Die Zahl ihrer Mitglieder war natürlich verschieden, überstieg aber, schon um das Aerar nicht ohne Noth zu belasten, nie das Bedürfniß [13]). Nach Ablauf der gesetzlichen Amtszeit findet zwar eine Neuwahl statt; der nominell Abgehende hat aber ein Anrecht auf die Stelle, das ihm nur aus gesetzlichen Gründen zu Gunsten eines an seiner Statt Gewählten entzogen (sublegere) [14]),

7) *Lex Corn.* II, 40. ad aedem Saturni in pariete intra caveas. *Mommsen ibid.*

8) *Lex Corn.* II, 33. Magistratus prove magistratu mercedis item tantundem dato, quantum ei — darei oporteret. Ueber die uns unbekannte Höhe des Lohnes s. unten Note 27.

9) *Lex Corn.* I. 13. *sqq.* ad Quaestorem urbanum, quei aerarium provinciam optinebit, eam mercedem deferto, quaestorque eam pequniam ei scribae scribeisque heredive eius solvito *rel.* *SC. cit.* uti, quibus apparitoribus ex hoc senatusconsulto curatoribus aquarum uti liceret, eos diebus decem proximis — ad aerarium deferrent; quique ita delati essent, iis Praetores aerarii mercedem, cibaria — annua darent et attribuerent *rel.* Die cidaria beziehe ich mit Mommsen auf die servi publici. Note 95.

10) Ordo scribarum *Cic. Verr.* III. 79. Ordo praeconum *Orelli* 4921. *Lex Corn.* in Note 4. eo ordine dignos. *L. 1. C. Th. de lucris off.* (8, 9). Ordines decuriarum scribarum librariorum et lictoriae consularis.

11) Vgl. *Tac.* in Note 5, wo decurias ministeriaque für decurias apparitorum steht. Die Bekleidung des Amtes heißt deshalb decurias exercere *Orelli* 2676, habere *Orelli* 4076, der Kauf einer Stelle decuriam emere Note 17, der Beamte selbst decurialis decuriae lictoriae consularis *Orelli* 3216.

12) S. unten Note 29. 57. 77. Magistri kommt in älteren Inschriften vor. *Orelli* 2253. 3256. Curatores hält Mommsen *p.* 40. 45. für kaiserliche Vorstände.

13) S. unten Note 27.

14) *Lex Corn.* II. 14. *sq.* dum ni quem in eis viatoribus praeconibus legundeis sublegundeis in eius viatoris praeconis locum viatorem praeconem legant sublegant, quoius in locum per leges plebei scita viatorem praeconem legei sublegi non licebit.

insbesondere wegen Verschuldung durch die vorgesetzten Magistrate unter Zuziehung der Prätoren als Geschwornen aberkannt werden[15]), das er selbst aber einem Andern (vicarius)[16]) käuflich abtreten kann[17]).

Auf diese Weise erklärt es sich, wie diese Aemter factisch lebenslänglich waren[18]) und daß dennoch nicht bloß die gleichzeitige Bekleidung mehrerer, sondern auch ein Uebergang von dem einen zu dem andern stattfand[19]), auch von ehrenvoll

15) *Cic. pro Cluentio* 45. Nuper hominem tenuem, scribam aedilicium, D. Matrinium cum defendissem apud M. Iunium, Q. Publicium, Praetores, et M. Plaetorium, C. Flaminium, Aedileis curuleis: persuasi, ut scribam iurati legerent eum, quem iidem isti Censores aerarium reliquissent. Die gerichtliche Verhandlung vor den Aedilen und Prätoren die Vertheidigung und der endliche Ausspruch setzen offenbar ein Anrecht voraus, und dieß hatte nicht jeder Bewerber, sondern der gewesene Scriba. Die Ausstoßung desselben aus den Tribus durch die Censoren wurde nicht als zureichender Grund anerkannt, ihm dieß Anrecht zu entziehen, einen Andern an seiner Stelle zu wählen.

16) *Lex Corn.* II, 24. *sqq.* Itemque eis viatoribus praeconibus, quei ex hac lege lectei erunt, vicarium dare subdere ius esto licetoque, utei cetereis viatoribus praeconibus, qua in quisque decuria est, vicarium dare subdere iuus erit licebitque. Itemque quaestores ab eis vicarios accipiunto, utei a cetereis viatoribus praeconibus vicarios accipei oportebit.

17) *Cic. Verr.* III. 79. unterscheidet die gewählten scribae, qui digni sunt illo ordine, und die, qui — cum decuriam emerunt ex primo ordine explosorum in secundum ordinem civitatis (?) se venisse dicunt, als eine weniger tüchtige und ehrenhafte Classe derselben. Hieraus möchte man schließen, daß dieser Stellenkauf erst zu Ende der Republik als Mißbrauch aufkam. *cf. c.* 78. *Vita Horatii.* Bello Philippensi, excitus a M. Bruto imperatore, tribunus militum meruit; victisque partibus, venia impetrata, scriptum quaestorium comparavit. *Schol. ad Iuvenal.* V. 3. Der Parasit Sarmentus war keck genug, obgleich ein entlaufener Sklave (*Horat. Serm.* I. 5, 55. Sarmenti domina exstat. *v.* 66. *sq.* Scriba quod esset, Nilo deterius dominae ius esse. Rogabat Denique, cur unquam fugisset *rel.*) (oder Freigelassener), den eques Romanus zu spielen und eine decuria quaestoria (scribarum) zu kaufen. Später in Dürftigkeit gesunken, mußte er Alles verkaufen, selbst scriptum quoque censorium und machte ein Witzwort darüber.

18) Die Erklärung dieses Zusammenhangs verdanke ich *Mommsen cit. p.* 8. *sqq. Corp. Inscr. lat.* I. *p.* 100.

19) *Mommsen cit. p.* 54. Eine bestimmte Reihenfolge fand nicht statt, nur daß natürlich von der höhern Function des Scriba nicht leicht Jemand zu den niedern Aemtern herabstieg.

Ausgeschiedenen (munere functi, honore usi) die Rede sein kann[20]).

Von den einzelnen Aemtern nehmen die öffentlichen Schreiber (Scribae, auch Scribae librarii)[21]) die erste Stelle ein, weil ihr Geschäft, die Anfertigung und Verwaltung öffentlicher Urkunden (tabulae publicae)[22]) und Rechnungen (rationes)[23]), einen gewissen Grad geistiger Bildung voraussetzt. Ihre Bedeutung beruht auf dem umfassenden Gebrauch, den die Römer schon früh in ihrer Staatsverwaltung von der Schrift machten. Ihr Verhältniß zu dem Gewerbe der Privatschreiber (scribae)[24]), die dem früh erwachten und weit verbreiteten Schriftbedürfniß des Publikums dienten und im zweiten punischen Kriege mit den Dichtern und Schauspielern ihren gemeinsamen Versammlungsort im Tempel der Minerva auf dem Aventin erhalten hatten[25]), wird aus den

20) *Orelli-Henzen* 5446. 6568. 6577.

21) Scribae librarii in *Lex Iul. mun. lin.* 80., in den zahlreichen Inschriften bei *Mommsen cit. p.* 30. *sqq.* *Orelli-Henzen Indices* III. *p.* 121. *Varro de R. R.* II. 3, 4. *Festus v. Scribas* Note 23. *L. 1. C. Th. de lucr. off.* (8, 9). Librarii = Scribae. *Cic. de leg. agr.* II. 6. *pro Sulla* 15. Scribae und librarii zu unterscheiden, liegt auch in *Cic. de leg. agr.* II. 15. apparitoribus, scribis librariis, praeconibus und selbst in *SC. cit.* scribas et librarios, kein Grund. — Cicero nennt sie einen ordo honestus *Verr.* III. 79.

22) *Cic. Verr.* III. 79. eorum fidei tabulae publicae committuntur. *de natura deor.* III. 30. transcribere tabulas publicas. *cf. de leg. agr.* II. 5 *pro Sulla* 15.

23) *Festus v. Scribas.* — at nunc dicuntur scribae quidem librari, qui rationes publicas scribunt in tabulis.

24) Scriptum facere, scripto se abdicere = tabulas ponere. *Piso* bei *Gell.* VII. 9. *Liv.* 9, 46. Die noch heutzutage in Italien einheimische Sitte, Briefe u. A. sich durch solche Schreiber anfertigen zu lassen, machte das Gewerbe zu einem einträglichen.

25) *Festus M. p.* 333. *v. Scribas* proprio nomine antiqui et librarios et poëtas vocabant. — itaque cum Livius Andronicus bello Punico secundo scribsisset carmen, quod a virginibus est cantatum, quia prosperius resp. populi R. geri coepta est, publice adtributa est in Aventino aedis Minervae, in qua liceret scribis histrionibusque consistere ac dona ponere, in honorem Livi, quia is et scribebat fabulas et agebat. *cf. Cic. Verr.* III. 79. qui nummulis corrogatis de nepotum donis ac de scenicorum corollariis, cum decuriam emerunt, eine Stelle, die freilich weder kritisch festgestellt noch sachlich befriedigend erklärt ist.

Quellen nicht klar. Nach Analogie der scholae und officia exceptorum in der dritten Periode[26]) möchte man glauben, daß die Magistrate vorzugsweise aus dieser Zunft sich ihre Gehülfen wählten und daß diese, insofern die öffentliche Stellung sie weder ganz beschäftigte noch vollständig nährte[27]), jenes Gewerbe als Nebengeschäft fortgetrieben hätten.

Das zahlreichste und angesehenste Collegium öffentlicher Schreiber war das der Scribae quaestorii[28]), das sich in drei Decurien theilte, ein collegium Sexprimorum zum Vorstand hatte[29]), hauptsächlich bei der Verwaltung des Archivs und des Staatsschatzes (aerarium) beschäftigt wurde[30]), und den mit dieser Verwaltung betrauten Magistraten, den Quästoren[31]), später dem Präfectus aerarii[32]), sich anschloß. Unter ihnen kommen viele Freigeborene, höhere Officiere, ja dem Ritter- und Richterstande angehörige Männer vor, und in der

26) S. Bd. III.

27) *Mommsen cit. p.* 7. Scribarum certe mercedes satis amplae erant. Aber vgl. *Cic. Verr.* III. 78. scriba — tuus apparitor parva mercede populi conductus, womit *c.* 79. cur ei non modo merces tanta detur, sed cur cum eo tantae pecuniae partitio (die erpreßten $^2/_{50}$ vom Verkaufspreis des Zehntkorns) fiat? nicht im Widerspruch steht. Auch Horaz scheint, nachdem er zwar die Secretärstelle bei August abgelehnt hatte (*cf. Vita Horatii*), aber in das nahe Verhältniß zu Mäcen getreten, womit der scriptus quaestorius unvereinbar war, dieser Corporation noch angehört zu haben. *Horat. Serm.* II. 6, 36. *sq.* De re communi Scribae magna atque nova te Orabant hodie meminisses, Quinte, reverti. *cf.* 40. *sq.*

28) *Mommsen cit. p.* 29. *sqq.*

29) *Cic. de nat. deor.* III. 30. Qui transcripserit tabulas publicas. Id quoque L. Alenus fecit, cum chirographum Sexprimorum imitatus est. *Fr. Vat.* § 124. qui sunt ex collegio Sexprimorum, habent a tutelis excusationem. *Mommsen cit. p.* 36.

30) *Cic. Catil.* IV. 7. Scribas, quos cum casu hic dies ad aerarium frequentasset, video [ab amore debitae pecuniae,] ab exspectatione sortis ad communem salutem esse conversos. Vereinigte sie an jenem Tage der Geschäftsbetrieb? oder empfingen sie ihren Lohn? oder wurden sie durchs Loos verschiedenen Aemtern zugetheilt? *Plin. Ep.* IV. 12. scribamque, qui sorte obtigerat.

31) Das Bruchstück der *Lex Corn.* I. *lin.* 1—6. sagt leider nur, daß sie vom Quaestor urbanus, quei aerarium provinciam optinebit, ihren Lohn empfingen. *Cic. Verr.* III. 78. Quaestor fuisti. quid tui scribae fecerint, tu potes dicere. *Liv.* 40, 29.

32) *Orelli-Henzen* 5446. Vgl. *Becker-Marquardt* cit. II. 3. S. 256 folg.

Kaiserzeit gelang es ihnen nicht selten, durch die in der Hauptstadt gewonnene Gunst zu Magistraturen in italischen und überseeischen Municipien zu gelangen [33]). Die Scribae aedilicii oder Aedilium curulium [34]), welche diese Magistratur in ihrer Markt- und Polizeiverwaltung und den darin vorkommenden Accord- und andern Geldgeschäften unterstützten, hatten gleichen Rang. Sehr bedeutend müssen auch die Scribae censorii gewesen sein, und ihr seltenes Vorkommen erklärt sich wohl nur aus dem Verfall der Censur in der Kaiserzeit [35]). Die Schreiber der Tribunen und plebejischen Aedilen nahmen eine geringere Stufe ein [36]).

Sehr auffallend ist, daß die höchsten Magistrate, die Consuln und Prätoren, zwar jetzt auch Schreiber gebrauchen, daß aber nirgends von Decurien derselben die Rede ist. Man hat deshalb angenommen, daß sie nur Privatschreiber, Freigelassene oder Sklaven, gebraucht hätten [37]). Da indessen ihre Scribae nicht nur öffentliche Urkunden (tabulae publicae) und deren Abschriften im Namen des Magistrats zu beglaubigen [38]), sondern auch die Concepte magistratischer Decrete (pe-

33) *Mommsen cit. p.* 56. *sq.* Horaz ist für Jenes ein illüstres Beispiel. Note 17.

34) *Mommsen cit. p.* 40. *sqq. cf. p.* 56. *sq. Orelli-Henzen Ind.* III. *p.* 121.

35) *Schol. ad Iuvenal.* V. 3. scriptum censorium vendere oben Note 17. *Varro de LL.* VI. 87. M. Censor, scribae. *Val. Max.* IV. 1, 10. cum scriba ex publicis tabulis solenne ei (*sc. Censori*) precationis carmen praeiret. In den Inschriften bei Mommsen cit. kommen sie nicht vor. Vgl. Becker cit. II. 2. S. 246 folg.

36) *Mommsen cit. p.* 56.

37) *Mommsen cit. p.* 10. Scribas non habuerunt nisi quod de sua publicave familia operis uti potuerunt, cum opus erat; neque id mirum est, scribae enim non dati sunt ut ab epistolis essent magistratibus, sed ut adiuvarent in tabulis librisque conficiendis, unde dicti sunt librarii, non cerarii. Tabulas autem conficere non Consulum erat, sed Quaestorum.

38) *Cic. de leg. agr.* II. 5. Aliquando tandem, me designato (*sc. Consule*), lex in publicum proponitur. concurrunt iussu meo plures uno tempore librarii: descriptam legem ad me afferunt. *pro Sulla* 15. indicium (die Anzeige der Allobrogischen Gesandten gegen Catilina) in tabulas publicas relatum (*cf. c.* 14) — describi ab omnibus statim librariis, dividi passim et pervulgari, atque edi populo Romano imperavi —. tibi prius etiam edituri fuerint in-

ricula magistratuum) abzufassen und aufzubewahren hatten[39]) und öffentlichen Sold empfingen[40]), so ist es mir wahrscheinlich, daß die Consuln und Prätoren sich der quästorischen Schreiber bedienten[41]). Waren doch die Quästores urbani Unterbeamten der Consuln[42]) und vermöge ihres Geschäfts am geeignetsten, ein tüchtiges öffentliches Schreibercorps zu bilden und zu beaufsichtigen.

Auch in der Civiljurisdiction der Prätoren waren Schreiber mit öffentlichem Glauben jetzt nicht mehr zu entbehren[43]); nicht bloß bei dem Entwurf ihrer Decrete (pericula), sondern vor Allem bei Aufstellung des Edicts[44]) und der Beglaubigung der daraus zu nehmenden Abschriften[45]), insbesondre der Formulae, deren thatsächliche Richtigkeit zwar Sache der Partheien, deren rechtliche Correctheit aber unter der Aufsicht des Prätors stand, der zahlreichen im einzelnen Fall erst gefaßten Formeln (actiones in factum conceptae) nicht zu gedenken. Auch bei der gerichtlichen Verhandlung waren Gerichtsschreiber gegenwärtig[46]). Gegen Ende dieser Periode nimmt das Schreibwerk in der Rechtspflege noch mehr überhand, insbesondre wird die ganze gerichtliche Verhandlung vor dem Magistrat

dicium scribae mei, si voluisses, quam in codicem rettulissent.

39) *Cic. Verr.* III. 79. eorum fidei tabulae publicae periculaque magistratuum committuntur. Zu schriftlichen Erlassen (epistolae, litterae) hatten die städtischen Magistrate selten Veranlassung; daher scribae cerarii et librarii selten vorkommen. *Orelli* 4109. *Mommsen cit. p.* 52. Vgl. Note 47.

40) *Arg. Cic. Verr.* III. 78. Scriba — tuus (des Prätors von Sicilien) mercede populi conductus. *Plin. Ep.* IV. 12.

41) Vielleicht durchs Loos ihnen zugetheilt. Note 30. Ebenso bediente sich der Kaiser der Lictoren der Consuln, die vestalischen Jungfrauen und die Flamines diales der Lictores curiati der Magistratus majores u. s. w.

42) Für die älteste Zeit *Tac. Ann.* XI. 22. mansitque Consulibus potestas deligendi *rel.* Für die Kaiserzeit s. Becker-Marquardt cit. II. 3. Note 1092—94.

43) Ueber die ältere Zeit s. § 18 Note 18.

44) Das Edict am Album anzumalen (*cf. Cic. Verr.* III. 28. de cohorte sua — pictorem), war natürlich nicht ihre Sache, wohl aber die Aufsicht darüber, für die der Prätor selbst keine Zeit hatte.

45) Vgl. *Cic. Verr.* I. 41. *sqq.*

46) S. § 78 Note 18.

protokollirt (acta conficienda)[47], ein Geschäft, das vor Bildung der spätern Kanzleien (officia) den Decurien der Scribae zufallen mußte[48].

Wie wesentlich alle Magistrate durch die Gesetz- und Geschäftskenntniß der Scribae unterstützt wurden, ist mehrfach bezeugt[49]. Juristische Bildung aber war bei ihnen gewiß eine große Seltenheit[50].

Die Büttel (Lictores) und Boten (Viatores) der Magistrate, als deren persönliche Begleiter und als Vollstrecker ihrer Befehle, werden meist aus zuverlässigen und tüchtigen Männern des gewerblichen Standes, fast nur aus Freigelassenen, genommen[51], weil ihre Dienste eben nur diese Eigenschaften, nicht höhere Bildung voraussetzen, und nur solche Leute geneigt waren, diese öffentlichen Aemter als eine Ehre und den damit verbundenen Lohn als eine Zubuße zu ihrem Privaterwerb zu suchen. Beide, der Lictor und Viator, stehen sich einander nahe, sind aber dennoch durch Geschäft und Rang verschieden[52]. Denn die Lictoren sind seit der Könige Zeit die Diener der höhern Magistrate mit Imperium[53], die innerhalb der Stadt als bürgerliche Ehrenwache im weißen faltenreichen Römergewande (toga) und mit den Ruthenbündeln (fasces) ihnen

47) S. unten § 82. Jetzt kommt auch ein scriba ab epistolis latinis vor. *Orelli* 41.

48) Die noch unter Constantin in Rom bestanden. *L. 1. C. Th. de lucr. off.* (8, 9).

49) *Cic. de leg.* III. 20. *Plutarch. Cato min.* 16.

50) Unter den ädilicischen Scribae wird Einer als iurisprudens bezeichnet. *Mommsen cit. p.* 44. *Inscr.* 30. *cf. p.* 57.

51) *Mommsen cit. p.* 55. *sq. Liv.* II. 55. plebis homines, im Sinne seiner Zeit; denn der sein Erbgut bauende Plebejer konnte nicht als Lictor in der Stadt dienen. Als Ausnahme bemerkt *Val. Max.* IX. 1, 8. Tribunicius viator, ingenui sanguinis. Uebrigens sind unter den fabri tignarii. ferrarii, viatores u. s. w., welche in Inschriften vorkommen, nur Meister oder Unternehmer (redemptores), zuweilen selbst Vorstände dieser Gewerke zu denken.

52) Die Meinung des Valgius Rufus bei *Gell.* XII. 3, 1. quod is, qui ex collegio Viatorum officium ligandi haberet, Lictor sit appellatus, hat gegen die sonst sicher bezeugten Thatsachen wenig Gewicht. Ueber die verschiedenen Etymologien s. Becker cit. Note 959 und *Orelli* 3219. limocincti.

53) *Gell.* XIII. 12. IV. 10, 8. Daß die Censoren, weil ohne Imperium, keine Lictoren hatten, ist früher bemerkt worden.

voranschreiten, erst an der Grenze ihres Weichbildes mit ihrem Gebieter den leichten Soldatenmantel umwerfen und die Beile aufstecken; auf ihre durch das Gesetz unterstützte Aufforderung weicht die Menge (turbam summovere), bezeigt jeder Begegnende dem Träger des Imperiums die schuldige Ehrerbietung (animadverte), und sie vollstrecken dessen Strafurtheile durch Züchtigung mit den Ruthen (virgas expedire) oder durch Enthauptung mit dem Beil (securi percutere, lege agere)[54]. Die leichter geschürzten Viatoren dagegen, die auch niedern Magistraten zu Gebote stehen, rufen als Boten die Bürger vom Lande zur Versammlung des Volks oder des Senats, laden auf Befehl des Magistrats den Angeklagten vor Gericht (vocatio), verhaften den Ergriffenen (prensio) und bringen ihn ins Gefängniß (in carcerem ducere) oder vollziehen die Pfändung (pignoris capio)[55]. Beiderlei Beamten bilden auch durchaus verschiedene Collegien.

Die Lictoren schließen sich den Magistraten mit Imperium, also den Consuln und Prätoren, in drei Decurien an, deren erster, der decuria consularis, aus je 12 für jeden Consul, also 24 bestehend, auch der Kaiser sich bedient, während die beiden andern für die 8 Prätoren je 6, also 48 enthalten, so daß die Gesammtzahl zu Ende der Republik 72 war. Sie wird nicht zu groß scheinen, wenn man bedenkt, daß es Bürger sind, die Reihedienst thun und nur bei feierlichen Gelegenheiten, wie bei des Dictators Jul. Cäsar großem Triumphzug, in corpore erscheinen[56]. Ihre Vorstände heißen Decemprimi[57]. Außerdem war eine Decurie von 30 Lictores curiati den höheren Magistraten beigegeben, die diese bei den sacris

54) Für diese bekannten Dinge s. die von Becker cit. S. 377 folg. angeführten Zeugnisse.

55) Becker cit. S 379 folg. Das Recht der vocatio hatten freilich nur die Magistrate mit Imperium, und die Vollstreckung mag ursprünglich durch den Lictor geschehen sein (Varro cit.), wie auch die Berufung der ältesten Volksversammlung (s. Note 58), aber schon früh vorzugsweise durch Viatoren, z. B. *Liv.* VI. 15.

56) *Mommsen cit. p.* 11. *sqq. Dio Cass.* 48, 13.

57) *Orelli* 3216. 3757. *Mommsen cit. p.* 12. 37.

publicis bedienten [58]) und die comitia curiata früher beriefen, später allein abhielten [59]). Charakteristisch für die Kaiserzeit ist es, daß man auch verschiedenen niederen Beamten, z. B. den Vicomagistri [60]), den Curatores aquarum [61]), als leere Auszeichnung Lictoren beilegte. — Auch in der Gerichtsverwaltung des Prätors dienten jetzt die zwei Lictoren neben dem Tribunal [62]) wohl mehr zur Feierlichkeit der Gerichtssitzung als zu wirklicher Hülfeleistung, und bei Handlungen der freiwilligen Gerichtbarkeit wurde ihre Gegenwart oder Mitwirkung für entbehrlich erklärt [63]).

Auch Viatoren als das geringere Amt standen den Consuln und Prätoren zu Gebot [64]), und schlossen sich ihnen wahrscheinlich auch in drei Decurien an [65]). Eigenthümlich ist der Viator den Volkstribunen zur Ausübung ihres Verhaftungsrechts (prensio, in carcerem duci) [66]), und viatores tribunicii kommen noch in späterer Zeit vor [67]). Dagegen werden sie mit diesem Rechte den curulischen Aedilen und den Quästoren abgesprochen [68]). Letzterem scheinen zahlreiche Inschriften, welche viatores quaestorii erwähnen [69]), und die lex Cornelia, die ihre Erwählung durch den Quästor ausführlich be-

58) *Orelli* 3217. *Gruter* 632, 1. *Mommsen cit. p.* 23. *sq. p.* 10.

59) *Gell.* XV. 27, 2. curiata (*sc. comitia*) per lictorem curiatum calari, id est convocari. *Cic. de leg. agr.* II. 12.

60) *Orelli-Henzen* 7190. *cf.* 5. 3216. 2544. *Dio Cass.* 55, 8. *Mommsen cit. p.* 49.

61) *SC. cit.* Placere huic ordini, eos, qui aquis publicis praeessent, cum eius rei causa extra urbem essent, lictores binos — habere *rel.*

62) S. oben § 18 Note 15.

63) *L.* 8. *D. de man. vind.* (40, 2). *Ulp.* Ego, cum in villa cum Praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi Lictoris praesentia non esset. *cf. L.* 23. *eod. Hermog.* per lictores. *Persius* V. 175. non in festuca, lictor quam iactat ineptus.

64) *Lex rep.* 50. *C. I. lat.* I. *p.* 61. Praetor quom soueis viatoribus apparitoribus. *L.* 82. *D. de iud.* (5, 1). *Ulp. de off. Consulis.* — Magistratus populi Romani viatorem *rel.* *L.* 5. § 27. *D. ut in poss. leg.* (36, 4). *Ulp.* per viatorem — in possessionem introducendus est.

65) Die decuria consularis kommt oft vor. *Mommsen cit. p.* 16. *sqq.*

66) *Gell.* XIII. 12.

67) *Orelli* 601. 3252. 3255

68) *Gell. cit.* und *c.* 13.

69) *Mommsen cit. p.* 32. *sq.*

stimmt [70]), zu widersprechen. Die Lösung des scheinbaren Widerspruchs liegt darin, daß diese Viatoren nicht den Quästoren persönlich als Begleiter und Schutzbeamte ihres obrigkeitlichen Ansehens beigegeben waren, sondern nur dem Vorstand des Aerariums in der Verwaltung desselben dienten [71]). Ihre Zahl war 9, seit der Lex Cornelia 12 [72]). Dagegen sind Viatoren den Triumviri nocturni zum Behuf der Verhaftung und andern niederen Beamten aus besondern Gründen beigegeben [73]).

Die unterste Stufe nehmen die **Praecones** ein, denen, wie den Scribae, ein einträgliches, aber nicht eben ehrenhaftes Privatgewerbe, das der öffentlichen Ausrufer und Versteigerer (praecones), parallel geht [74]). Solcher mit starker Stimme begabter, wenn auch sonst ungebildeter Männer, als öffentlich angestellter und besoldeter Hülfsbeamten (apparitores) [75]), bedienten sich nicht nur die Consuln, Prätoren und Censoren, denen sich drei Decurien derselben anschlossen [76]), sondern auch die curulischen Aedilen [77]), Quästoren [78]) und Volkstribunen [79]) überall,

70) S. oben Note 6.

71) Daher sie in Inschriften häufig ad aerarium und ab aerario genannt werden. S. *Mommsen cit.*, insbesondre *Nr.* 2. viator ad aerarium auf einem Geldsack. *Cic. Verr.* III. 79. viator, qui fiscum sustulit

72) S. oben Note 6.

73) *Mommsen cit. p.* 46. *sqq.*

74) *Cic. pro Quinctio* 3. von Nävius: vocem in quaestum contulit. *in Pison.* 26. Mediolanensi praecone, avo tuo, dignum. *Horat. Ep.* II. 3. Ut praeco ad merces turbam qui cogit emendam. *Martial.* V. 56, 10. Si duri puer ingeni videtur praeconem facias. Vgl. Becker cit. Note 989 – 91. Diese schließt *Lex Iul. mun. lin.* 94. 104. quei praeconium, dissignationem libitinamve faciet, dum eorum quid faciet, von Municipalämtern aus. *cf. Cic. ad fam.* VI. 18.

75) So werden sie vorzugsweise zur Unterscheidung von dem Privatgewerbe genannt, z. B. *Orelli* 3202. 4921. Ob auch apparitores schlechthin? *Mommsen cit. p.* 21 *sq.*

76) Deren auch der Kaiser sich bediente. *Orelli-Henzen* 6555. 4921. *Mommsen cit. p.* 20. *sqq.* Für den Dienst der praecones censorii *Varro de LL.* VI. § 86. *sq.* Der Classicus, der die comitia centuriata mit dem Horn beruft, scheint ein besonders dafür gemietheter Bürger. *Ibid.* § 92. V. § 91.

77) *Mommsen cit. p.* 44. *Orelli* 3212. 3216, wo ihr Decemprimus vorkommt.

78) Von diesen handelt ausführlich die Lex Cornelia und bestimmt ihre Zahl auf 12. Ihr seltenes Vorkommen auf Inschrif-

wo es galt einer Verkündigung unter der Menge Gehör zu verschaffen[80]), also auch bei gerichtlichen Verhandlungen zur Aufrufung und Entlassung der Partheien, ihrer Redner und Zeugen[81]), so wie zur Besorgung öffentlicher Verkäufe[82]).

Außer diesen vier zu bestimmten Dienstleistungen den Magistraten beigeordneten Beamtencollegien steht ein Einzelner, der Accensus[83]), dem Consul, dann auch dessen Collegen, dem Prätor, also jedem Magistrat mit Imperium[84]), mit seiner ganzen Person zur Verfügung, den er sich eben deshalb selbst für sein Amtsjahr, meist aus den eignen Freigelassenen, wählt[85]). Dennoch ist es ein öffentlicher Beamter, der im persönlichen Auftrag des Magistrats die verschiedensten Functionen übernimmt; wie ein Praeco oder Viator[86]) für den Consul die Bürgerschaft zur Versammlung ruft[87]) oder die Tagesstunden

ten erklärt *Mommsen cit. p.* 33. aus dem Abkommen der bonorum venditiones publicae in der Kaiserzeit. In ältester Zeit, da die Quästoren noch die Voruntersuchung in Criminalsachen hatten, diente der Präco auch zur Vorladung des Verbrechers. *Varro de LL.* VI. §91.

79) *Mommsen cit. p.* 39.

80) Stellen bei Becker cit. Note 977 folg.

81) Stellen bei Becker cit. Note 984—86, die aber nur auf iudicia publica gehen, weil Civilsachen meist vor Geschwornen verhandelt werden, denen überhaupt apparitores nicht zu Gebote standen.

82) Becker cit. Note 987 folg.

83) *Mommsen cit. p.* 2. *sqq.* Becker cit. S. 375 folg.

84) *Varro* bei *Non. Marc.* I, 289. Becker cit. Note 950.

85) Varro's cit. Etymologie: quod ad necessarias res accientur, velut accessiti ist so unrichtig wie die andre in Note 87. Für die Sache aber ist der Sprachgebrauch entscheidend, mit dem Dativ: accensus patrono suo Licin. Surae Secundo tertio consulatu eius *Mommsen cit. Inscr. l.* 4. 7. 13. *Cic. Verr.* I. 28. accensus Neroni, und dem Ablativ: Accensus a patrono. *Mommsen cit. Inscr.* 3. 8. 9, seltner mit dem Genitiv. *Mommsen Inscr.* 5. 10. Für eigene Freigelassene s. noch *Cic. ad Quint. fr.* I. 1, 4. *ad Att.* IV. 16. *Verr.* III. 67.

86) Daraus erklärt es *Mommsen cit.*, daß das Senatusconsult bei *Frontin. de aq. c.* 100. den Curatores aquarum accensi = viatores, die ihnen sonst fehlen würden, beigiebt.

87) *Varro de LL.* VI. § 88. In commentariis consularibus: qui exercitum imperaturus erit, Accenso dicit hoc: Calpurni, voca inlicium omnes Quirites huc ad me *rel.* § 89. in aliquot rebus item ut praeco Accensus acciebat, a quo Accensus quoque dictus. *cf.* VII. 50. *M.* VI. §98. Accenso aut praeconi.

ansagt[88]), den Prätor in der Gerichtssitzung bedient[89]), den Consul in der Woche, da er die Fasces nicht hat, statt des Lictor proximus begleitet[90]), ja selbst wie ein Scriba für seinen Prätor Briefe schreibt[91]), Alles mit öffentlichem Ansehen und nach Analogie der andern Subalternbeamten wohl auch gegen öffentlichen Sold[92]). In der Monarchie hatte auch der Kaiser in Beibehaltung der republikanischen Sitte seinen Accensus[93]).

Für einzelne bestimmte Zwecke stehen den Magistraten noch andre Gehülfen zur Seite[94]). Allgemein werden ihnen für den öffentlichen Dienst Servi publici in bestimmter Zahl und mit Anweisung ihres Unterhalts zur Verfügung gestellt[95]), und mit dem Untergang der Freiheit tritt selbst die Neigung hervor, durch sie Rechte auszuüben, die bis dahin nur durch freie Bürger ausgeübt werden konnten[96]).

In die Provinzen gingen die Magistrate des römischen Volks und des Kaisers mit einem zahlreichen Gefolge (cohors Praetoria, comites), zu welchem die Officiere der von ihnen befehligten Truppen (Tribuni, Praefecti), der Leibarzt, der Haruspex und Privatdiener (cubicularii), Freie und Sklaven,

88) *Plin. H. N.* VII. 60. meridies, accenso Consulum id pronuntiante, cum a curia inter rostra et graecostasin prospexisset solem.

89) Er verkündete die Gerichtsstunden. *Varro cit.* § 89, oben § 27 Note 41—43, rief die Redner auf und ab. *Cic. ad Quint. fr.* I, 1, 7.

90) *Sueton. Caes.* 20. Inito honore (*sc. Consulatus*) antiquum — rettulit morem, ut, quo mense fasces non haberet, accensus ante eum iret, lictores pone sequerentur. Ueber den lictor proximus s. Becker cit. Note 968.

91) *Cic. Verr.* III 65. *sq.*

92) Ausdrückliche Zeugnisse fehlen.

93) *Mommsen cit. Inscr.* 5. 7. 8. 9. 10.

94) Architekten *Cic. de leg. agr.* II. 13. *SC.* bei *Frontin. de aq.* 100. *Martial.* V. 56, 10, Dolmetscher (interpretes), der Carnifex, der die Strafe der Kreuzigung an Sklaven vollzog u. s. w.

95) Becker cit. S. 383. *Mommsen cit. p.* 2. *Lex Iulia mun. lin.* 82. Der Censor wies ihnen Wohnung an. *SC. Frontin. de aq. c.* 100. servos publicos ternos — cibaria, quanta Praefecti frumento dando dare deferreque solent, annua darent et attribuerent.

96) *Gell.* XIII. 13, 4. nunc stipati servis publicis — ultro submovent populum. Daher das ausdrückliche Verbot im Edict von 716: *μήτε δοῦλον ῥαβδουχεῖν*. *Dio Cass.* 48, 13.

endlich auch die verschiedenen bei den städtischen Magistraten erwähnten Subalternbeamten (apparitores) gehörten [97]). Diese, als zur Ausrüstung des Statthalters gehörig, wurden vom Staat besoldet [98]), aber von ihm selbst für die Zeit seiner Verwaltung, nicht aus den städtischen Decurien, aber aus römischen Bürgern gewählt [99]). Nur die Provinzialquästoren erhielten ihre Schreiber aus den Decurien durchs Loos [100]). Zu niederen oder rein persönlichen Diensten gebrauchte der Statthalter auch Peregrinen [101]). Unter jenen waren die Scribae dem Statthalter bei Abfassung von Sendschreiben (epistolae,

97) *Cic. Verr.* II. 10. Comites illi tui delecti —. Praefecti, scribae, medici, Accensi, haruspices, Praecones — cohors tota illa tua. 31. scribae, medici, haruspicesque. III. 11. 21. 28. 66. *pro Rabirio* 6. ut Tribuni, ut Praefecti, ut Scribae, ut comites omnes magistratuum lege hac tenerentur. *cf. L. 1. pr.* (ex cohorte). *L.* 5. (comites) *D. de leg. Iulia rep.* (48, 11). *Cic. ad Quint. fr.* I. 1, 4. quos — aut ex domesticis convictionibus, aut ex necessariis apparitoribus tecum esse voluisti, qui quasi ex cohorte Praetoris appellari solent. *Sueton. Caes.* 4 cum uno medico et cubiculariis duobus. Nam comites servosque ceteros *rel. Horat. Sat.* I. 7, 18 25. *Ep.* I. 8, 2. 14. *Iuvenal.* 8, 127. cohors comitum. Die eigentliche cohors Praetoria, die Leibwache der Feldherrn, die Scipio Aemilianus zuerst einführte, ist damit nicht zu verwechseln. *Festus epit.* v. *Praetoria cohors. Cic. Catil.* II. 11. *ad famil.* XV. 4. *Caes. de bello gall.* I. 40. 42. *de bello civ.* I. 57. *Sallust. Catil.* 60. 67. *Liv.* II. 20. Becker-Marquardt, röm. Alterth. III. 1. S. 284 folg. *Mommsen cit. p.* 62.

98) *Cic. Verr.* III. 78. tuus apparitor — mercede populi conductus. I. 13. Von Verres als Quästor provincialis: Videamus, rationes quemadmodum rettulerit. Accepi, inquit, vicies ducenta *rel.* Dedi stipendio, frumento Legatis, Proquaestoribus, cohorti Praetoriae H. S. mille sexcenta *rel. Plin. Ep.* IV. 12. Cum in provinciam Quaestor exisset, scribamque, qui sorte obtigerat, ante legitimum salarii tempus omisisset, quod acceperat scribae daturus, intellexit et statuit subsidere apud se non oportere. — Heredes scribae sibi, Praefecti aerario populo vindicabant; acta causa est *rel.*

99) *Cic. Verr.* III. 78. nennt seine zwei Scribae in der Prätur von Sicilien frugalissimos homines, L. Mamilium et L. Sergium. Nur römische Bürger konnten als Lictoren in der Toga dem Statthalter vorangehn und seine Strafurtheile an römischen Bürgern vollstrecken. Der Accensus des Verres in der städtischen und sicilischen Prätur, Timarchides, war sein Freigelassener. *Cic. Verr.* III. 65.

100) *Plin. Ep.* IV. 12. in Note 98.

101) *Cic. Verr.* III. 28. de cohorte sua — medicum — praeconem — pictorem —: quorum civis Romanus nemo erat.

litterae)[102]), Berichten (relationes)[103]), Requisitionsschreiben und Commissorien[104]), endlich auch zur Führung und Ablegung der Rechnungen (rationes) über seine Verwaltung[105]) unentbehrlich. Die Lictoren gehörten sowohl zu den Insignien seiner Würde als zu den Vollstreckern seiner Strafurtheile. Von den Statthaltern des Volks, den Proconsuln, hatten die consularischen wie früher 12, die prätorischen 6 Lictoren; die Statthalter des Kaisers allgemein nur 5; dem Geiste des Cäsarismus entsprechend, welcher der Scheinrepublik die eitlen Ehren ließ und sich die Macht vorbehielt[106]). Die Legaten und Quästoren des Statthalters hatten dessen Lictoren nur vermöge der iurisdictio mandata[107]). Auch an Viatoren und Präconen[108]), ferner an einem Accensus[109]) fehlte es ihm nicht.

Den Municipalmagistraten endlich wurden, je mehr die Municipien und Colonien die römischen Einrichtungen nachahmten, auch dieselben Subalternbeamten (apparitores), nehmlich Scribae, Lictores, Viatores, Praecones beigegeben[110]). Charakteristisch für die Kaiserzeit ist es insbesondre, daß die

102) S. z. B. *Cic. Verr.* III. 40. litterae ad Segestanos.

103) Wenn Cicero seine Berichte an den Senat, Plinius an den Kaiser gewiß selbst concipirte, so war doch die Reinschrift Sache ihrer Scribae.

104) *Fr. Vat.* § 162.

105) Rationes conficere *Cic. ad famil.* V. 20. *Verr.* III. 76 ad aerarium referre. *Ibid.* und *in Pison.* 25. *cf. Festus* v. *Scribas.*

106) *Dio Cass.* 53, 13. *ῥαβδούχοις δὲ δὴ πέντε πάντες ὁμοίως οἱ ἀντιστράτηγοι χρῶνται· καὶ ὅσοι γε οὐκ ἐκ τῶν ὑπατευκότων εἰσί, καὶ ὀνομάζονται ἀπ' αὐτοῦ τοῦ ἀριθμοῦ τούτου.* Quinquefascalis. *Orelli* 3351. *Inscr. Thorign.* bei Mommsen, Schriften der sächs. Ges. 1852. S. 242. 226 folg.

107) *Liv.* 29, 9. *Cic. ad fam.* XII. 30. *Verr.* II. 26.

108) *Cic. Verr.* III. 79. viator, qui fiscum sustulit, praeco, qui abire iussit. II. 30. praeco, qui dixisse pronuntiat.

109) *Cic. Verr.* II. 30. crebro dimittebat se accensus ad aurem Timarchides. III. 65. *sq.* Timarchides Verris accensus Apronio salutem dicit *rel. ad Quint. fr.* I. 1, 4. 7.

110) So vollständig in Ostia *Orelli* 4109. Vgl. *Mommsen cit. p.* 51. *sq. Orelli-Henzen Ind.* III. *p.* 164 Becker-Marquardt III. 1. S. 355. Für servi publici s. *Plin. Ep.* X. 30. *sq.* 40. *L. 10. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6).

Duumviri iuri dicundo, deren Diener früher nur Stäbe (bacilli) trugen[111]), jetzt Lictoren mit Scheinfasces haben[112]). Also auch hier leeres republikanisches Gepränge bei verminderter Freiheit und Macht.

Daß der Geschworne (iudex) zur Aufrechthaltung seines Ansehens und der Ordnung im Plaidoyer keiner, etwa vom Prätor ihm geliehenen Apparitoren bedurfte, ist früher bemerkt worden[113]). Die Scribae aber, die neben ihm auf den Subsellien des Tribunals Platz nehmen[114]), sind ohne Zweifel Privatschreiber, die das Wichtigste aus den Verhandlungen notirten und dem Gedächtniß des Judex dadurch zu Hülfe kamen.

§ 78. Neben diesen aus der Republik stammenden und deren Charakter tragenden Subalternbeamten äußerte aber auch auf diesem Punkte die Militärdespotie der Kaiser von Anfang ihren Einfluß und legte die Keime zu der durchgebildeten Büreaukratie in der folgenden Periode.

Die kaiserlichen Beamten in Rom übten des Kaisers militärische Gewalt[1]) in seinem Auftrag, und hatten deshalb auch Truppentheile unter ihrem Befehl[2]). So die Präfecti Praetorio vermöge ihrer eigentlichen Bestimmung als Befehlshaber der prätorianischen Cohorten. Aber auch dem Präfectus Urbi waren zur Handhabung der Polizei in der ungeheuren Hauptstadt drei, später vier cohortes urbanae von je tausend Mann

111) S. oben § 58 Note 31.

112) *Mommsen Inscr. Neap.* 2096. *Orelli-Henzen* 7121. Die Base einer Statue zu Ehren eines Duumvir iuri dicundo von Nuceria zeigt in dem Stich von Fr. Pellicano Nap. 1826, den mir Savigny zur Zeit aus Italien mitbrachte, unter der Inschrift die sella curulis, daneben in Basrelief zwei sauber beschuhte, mit der Toga bekleidete Lictoren, welche die zwei dünnen Stäbe (bacilli) und einen dritten dickeren, dem Ruthenbündel (fasces) nachgebildeten Stab, natürlich ohne die Beile (secures), die Zeichen der Criminalgewalt, in der Hand halten.

113) Oben § 71 Note 62.

114) *Cic. Brutus* 84. locus in subselliis occupetur, compleatur tribunal, gratiosi scribae sint in dando et cedendo loco.

1) Schon Jul. Cäsar bediente sich zur Vollstreckung seiner Befehle neben den Lictoren auch der Soldaten. *Sueton. Caes.* 43.

2) Becker-Marquardt III. 2. S. 378 folg. *Orelli-Henzen Ind.* III. *p.* 130. *sqq.*

untergeben [3]). Der Präfectus Vigilum befehligte sieben cohortes vigilum von gleicher Stärke, die zum Behuf der nächtlichen Polizei in den vierzehn Regionen der Stadt vertheilt waren. — Alle drei entbehrten die republikanischen Hülfsbeamten und bedienten sich statt derselben ihrer Soldaten. Der Präfectus Annonae scheint als Unterbeamter des Präfectus Urbi seine Gehülfen aus dessen cohortes urbanae genommen zu haben [4]).

Die römische Herrschaft in den Provinzen, sie mochte nun auf Eroberung oder auf freiwilliger Unterwerfung beruhen, hatte stets einen militärischen Charakter, und auch wo keine Legionen standen, waren dem Statthalter zur Aufrechthaltung von Ordnung und Ruhe kleinere Truppenkörper zugetheilt [5]). In der Kaiserzeit war jenes der Fall für die Legati Augusti, dieses für die Proconsuln [6]) und kaiserlichen Procuratoren [7]). Im Geiste der neuen Verfassung mußten allmählig auch hier militärische Hülfsbeamte die republikanischen theils ganz verdrängen, theils, wie die Lictoren, zu bloßen Figuranten herabsetzen [8]).

So erklärt es sich, daß schon die späteren juristischen Clas-

3) Dieß sind die milites stationarii (*per urbem*) dispositi in *L. 1. § 12. D. de off. Praef. urbi* (1, 12).

4) *Orelli* 3489. T. Flavio — militi coh. XII. urb. — corniculario Praefecti annonae.

5) Vgl. Becker-Marquardt III. 1. Note 2019.

6) *L. 4. § 1. D. de off. Procons.* (1, 16).

7) Der Procurator von Judäa, Pontius Pilatus, dessen Prätorium und Tribunal in Jerusalem ist (*Ev. Joh.* 18, 28. 19, 13), hat eine Cohorte und Centurionen zu seiner Disposition. *Ev. Matth.* 27, 27. 54. Eine andre Abtheilung mit ihrem Centurio ist in Capernaum (*Ev. Matth.* 8, 5.), später eine dritte von der legio Italica in Cäsarea *Act. Ap.* 10, 1. Ebendahin hatte der Procurator seinen Sitz verlegt, während ein größerer Truppentheil unter einem Tribunen in der Citadelle von Jerusalem die meuterischen Juden im Zaum hielt. *Ibid.* 21, 31. *sqq.* 22, 24. *sqq.* 23, 16. *sqq.* 24, 1. 25, 1. Der Procurator bei *Plin. Ep.* X. 36. *sq.* hatte nur fiscalische Geschäfte und dennoch milites zu seiner Disposition.

8) Gegen diese Zurücksetzung suchten die Decuriae scribarum librariorum und die lictoria consularis in Rom im Interesse der ganzen Zunft die Hülfe des Kaisers Constantin, der die militaris intercessio in der Verwaltung der Provinzialstatthalter in bestimmte Schranken einschloß. *L. 1. C. Th. de lucris off.* (8, 9).

siker Jene nur selten erwähnen, als Gehülfen der Magistrate aber militärische Grade und Aemter, den Centurio[9]), Cornicularius[10]), Commentariensis[11]), Optiones[12]), Speculatores[13]), Stratores[14]) u. A. nennen. Es sind Soldaten, die zeitweise vom eigentlichen Kriegsdienst befreit und zur Dienstleistung in der Verwaltung commandirt sind (beneficiarii)[15]). Sie werden nicht nur bei der Polizei und Criminalgerichtbarkeit[16]), sondern auch im Civilprozeß gebraucht.

9) *L. 43. § 1. D. de pign. act.* (13, 7). *Scaev.* missus ex officio annonae Centurio. *L. 72. D. de furtis* (47, 2). *Modestin.* libelli Centurioni dati, ut ad officium transmitterentur.

10) Cornicularius Praef. praetorio *Orelli* 3487. 3488. 4692. 4962. — Praef. annonae *Or.* 3489. — Procuratoris annonae Aug. Opt. *Orelli-Henzen* 6520. — Legati Augusti *Id.* 6770. — Proc. provinciae Belgicae *Id.* 6539. — Proc. prov. Lugdunensis et Aquitanicae *Id.* 6642. Scriba subcornicularius *Id.* 3490.

11) *Fr. Vat.* § 222. officium militare — qui commentarios habet Praefecti. *L. 45. § 7. D. de iure fisci* (49, 14) erwähnt den commentariensis fiscalischer Beamten. *Orelli* 3205. a commentariis operum publicorum et rationis patrimonii. *Id.* 3206. Beneficiari. — Ab commentariis custodiarum = carceri praepositus in *L. 8. D. de cust. reor.* (48, 3). *cf. L. 6. D. de bonis damn.* (48, 20).

12) *L. 6. cit. Festus h. v. Vegetius de re mil.* II 7. Becker-Marquardt III. 2. S. 284.

13) *L. 6. cit. Gothofr. ad L. 16. C. Th. de cohortalibus* (8, 4).

14) *L. 4. § 1. D. de off. Procons.* (1, 16). *L. 10. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). — Vgl. im Allgem. *L. 6. D. de iure immun.* (50, 6) *Tarrunt. Paternus lib.* I. *militarium*, wo schon adiutores corniculariorum vorkommen, und unter diesen militärischen Aemtern noch ein praeco.

15) Nicht zu vermischen sind die beneficia, d. h. die von der Gunst der Vorgesetzten abhängigen außerordentlichen Gratificationen (*Cic. ad fam.* V. 20. *pro Archia* 5.) und militärischen Avancements (*Liv.* 9, 30. *Sueton. Tib.* 12. *Tac. Hist.* IV. 48. I. 25.) und die Beneficiarii, bei *Caes. de bello civ.* I. 75. III. 88., eine vom Feldherrn auserlesene Schaar, später zur persönlichen Dienstleistung oder zur Verwaltung commandirte Soldaten. *Plin. Ep.* X. 32. 36. *Spartian. Adr.* 2. In diesem Sinne Beneficiarius Praef. praetorio *Orelli* 3444. 3489. — Praef. urbi *Id.* 3462. — Proc. Aug. (*sc. Annonae Ost.*) *Id.* 4109. Jener Vermischung machen sich selbst *Lipsius ad Tac. Hist.* VIII. 48. und *Iac. Gothofr. ad L. 5. C. Th. de cohortal.* (8, 4) schuldig. Unbrauchbar ist was *Festus epit.* v. *Beneficiarii* und *Veget. de re mil.* II 7. darüber sagen.

16) So in der Geschichte Christi und der Apostel. Note 7. Von Bewachung der Gefangnen s. den commentariensis in Note 11. *Plin. Ep.* X. 30. 31. *L. 10. D. ex quib. caus. mai.* (4. 6). *Paul.* V. 31. § 1. *L. 10. L. 12. L. 14. D. de custodia reor.* (48, 3). *Act.*

Denn aus ihnen bestehen die Büreaus (officia) und deren Beamte (officiales) [17]), die im Lauf des dritten Jahrhunderts im Wesentlichen die Gestalt und Bedeutung erlangten, die wir in der folgenden Periode zu schildern haben werden. In dieser Periode sind unsere Nachrichten über ihre Organisation und ihre Functionen, namentlich im Civilprozeß, nur dürftig.

So erfahren wir, daß ihr Dienst nicht wie der der republikanischen Apparitoren auf die Amtszeit des Statthalters beschränkt, sondern wie der Dienst der Soldaten in ihren Stationen dauernd ist [18]) und nach der missio honesta durch Befreiung der Veteranen von Staats- und Communallasten belohnt wird [19]). Da er, wie der Kriegsdienst, jeden andern Nebenberuf ausschließt, so ist auch diesen Beamten der volle, zu Geld angeschlagene Lebensunterhalt (annona) vom Staat angewiesen [20]), aber zugleich die Versuchung bereitet, durch Geschenke der Partheien (sportulae) sich zu bereichern. Diesem schon im dritten Jahrhundert eingerissenen Mißbrauch tritt zwar Constantin mit den energischesten Verordnungen entgegen [21]),

Ap. 28, 16. Von Theilnahme an Executionen *L. 6. D. de bon. damn.* (48, 20), wo Hadrian verbietet, was nach *Ev. Ioh.* 19, 23. *sq.* geschah.

17) Für die Identität jener Militärbeamten und des officium s. die Stellen in Note 9. In Criminalsachen wird das Officium thätig nach *Ulp. L. 1. § 27. D. de quaest.* (48, 18). *L. 6. D. de bon. damn.* (48, 20). *Paul. L. 8. D. de custodia reor.* (48, 3). *L. 6. § 1. D. de poenis* (48, 19). Ueber Civilsachen s. das Folgende. Ueber die Menge auch dieser Beamten klagt schon *Lactant. de mort. pers.* 7. multi Praesides et plura Officia. Auch auf sie wird übrigens der Ausdruck apparitores, apparitio angewandt. *L. 23. § 3. D. quod met. causa* (4, 2). *L. 3. D. de fugitivis* (11, 4).

18) *L. 34. pr. D. de reb. cred.* (12, 1). *Paul.* Praesidis provinciae officiales — perpetui sunt.

19) *L. 11. C. Th. de cohortal.* (8, 4) erwähnt solche Privilegien, die Diocletian den Cohortalen von Syrien gegeben. *cf. L. 1. C. Th. eod. Constantin.*

20) *cf. L. 3. C. Th. de numerar.* (8, 1). *Constantin.*

21) *L. 7. C. Th. de off. rect.* (1, 16). *Constantin.* Cessent iam nunc rapaces Officialium manus, cessent inquam: nam si moniti non cessaverint, gladiis praecidentur. Non sit venale Iudicis velum, non ingressus redempti, non infame licitationibus secretarium, non visio ipsa Praesidis cum pretio: aeque aures

aber, wie die Folge lehrt, vergeblich, so daß die Rechtshülfe des Staats fortan erkauft werden muß.

Den Civilprozeß, der sich bisher in naturgemäßer Freiheit bewegt hatte, beginnen diese habsüchtigen Büreaubeamten in ihre Obhut zu nehmen. Sie umlagern das Tribunal, nehmen schriftliche Eingaben (libelli) in Empfang[22]) und vermitteln den persönlichen Zutritt der Partheien zu dem Magistrat[23]). Prozeßcautionen werden dem Officium geleistet[24]), sequestrirte Sachen bei ihnen deponirt[25]), die Verhandlungen von ihnen protokollirt und Auszüge daraus den Partheien mitgetheilt[26]). Das Urtheil muß, um gültig zu sein, in ihrer Gegenwart gesprochen werden[27]). Die Execution, sei es Besitzeinweisung[28]) oder Verkauf von Pfändern[29]), ist in ihren Händen.

iudicantium pauperrimis ac divitibus reserentur. Absit ab inducendo eius, qui officii Princeps dicitur, depraedatio. Nullas litigatoribus adiutores officii Principum concussiones adhibeant: Centurionum aliorumque Officialium parva magnaque poscentium, intolerandi impetus oblidantur, eorumque qui litigantibus acta restituunt, inexpleta aviditas temperetur *rel.*

22) *L. 72. D. de furtis* (47, 2). *Ulp.* — libellos — datura Centurioni, ut ad officium transmitterentur.

23) Vendibiles introitus — *L. 6. C. Th. de off. Rect.* (1, 16). *Constantin. L. 7. eod. h. t.* Der Princeps officii, adiutores eiusdem, Centuriones, und andere Officiales. Note 21.

24) *L. 17. D. de in ius voc.* (2, 4). *Paul.* Apud Officium, Officio oder apud acta cavere.

25) *L. 7. § 2. D. qui satisdare* (2, 8). *Ulp.* apud Officium deponi debet. *L. 11. § 1. D. ad exhib.* (10, 4). *Ulp.* apud Officium depositus.

26) *L. 45. § 7. D. de iure fisci* (49, 14). *Paul.* acta — manu Commentariensis adnotanda sunt. *cf. L. 7. C. Th. de off. Rect.* (1, 16). *Constantin.* qui iurgantibus acta restituunt. Note 21.

27) *L. 6. C. I. de sent. et int.* (7, 45). *Car. Carin. et Numerian. a.* 283. — sententiam Praesidis irritam esse, quod non publice, sed in secreto loco, Officio eius non praesente, sententiam suam dixit.

28) *L. 5. § 27. D. ut in poss. leg.* (36, 4). *Ulp.* — per viatorem (*Consulis s. Praetoris*) aut per Officialem Praefecti — introducendus est in possessionem. *L. 3. pr. D. ne vis fiat ei* (43, 4). *Ulp.* — extra ordinem ipsos (*sc. magistratus*) iuri suae potestatis exequi oportere decretum suum: nonnunquam etiam per manum militarem. *L. 68. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp.* manu militari, Officio iudicis — possessio transfertur. Wahrscheinlich interpolirt.

29) *L. 2. C. I. si in causa iud.* (8, 23). *Alex.* Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per Officium eius, qui ita decrevit, venumdari solet. *L. 74. § 1. D. de evict.* (21, 2). *Her-*

So fand sie die constantinische Verfassungsreform schon vor, durch welche sie nicht nur im Einzelnen weiter gebildet, sondern hauptsächlich darin neu bestimmt wurden, daß bei der gänzlichen Trennung der Civil- und Militärverwaltung die Officialen der Civilbeamten in den Armeelisten gestrichen wurden, während die Officialen der Militärbeamten zum Büreaudienst commandirte Soldaten blieben, so jedoch, daß auch bei jenen Benennung und Charakter noch immer ihren militärischen Ursprung verrieth [30]). Ihre vollständige Entwicklung erfuhr diese Wucherpflanze des Absolutismus aber erst in den letzten Jahrhunderten des sinkenden Römerreiches.

Excurs IV.

Gerichts-Ort und Zeit.

§ 79. Der Grundsatz, daß das Recht das Licht nicht scheuen dürfe, daß also die Oeffentlichkeit die naturgemäße Form der Rechtspflege sei, die gesunde Theilnahme der Bürger an allen öffentlichen Dingen und die männliche Gesinnung, die es nicht scheut, in seinem Thun und Lassen vor aller Welt offenbar zu werden, behielten auch in dieser Periode [1]), selbst der Despotie des Kaisers gegenüber, im Wesentlichen ihre Geltung. Denn wenn es diesem gefiel, einen vornehmen Verbrecher oder einen vermeintlichen Hochverräther aus dem Wege zu räumen, so bedurfte es keiner heimlichen Criminalprocedur; ein finsterer Blick des allmächtigen Wütherichs reichte hin, damit der Un-

mog. — si iussu Iudicis rei iudicatae pignus captum per Officium distrahatur *rel. cf. L.* 50. *eod.* per apparitores Praetoris.

30) *Lactant. de mort. pers.* 32. Officiorum omnium milites. *Pseudo-Ascon. in Verr.* I. 28. Accensus nomen est ordinis et promotionis in militia, ut nunc dicitur Princeps vel Commentariensis aut Cornicularius; haec enim nomina de legionaria militia sumpta sunt. *cf. Veget. de re mil.* II. 21. *Lydus de mag.* III. 2. *sqq.*

1) Vgl. oben § 27. Bd. 1 S. 75.

glückliche, um der Untersuchung, die ihm keinen Schutz bot, und der Schande öffentlicher Hinrichtung zu entgehen, sich selbst den Tod gab. Den altherkömmlichen Lauf der Civilrechtspflege zu hemmen, hatte der Kaiser kein Interesse.

Diese berechtigte Gerichtsöffentlichkeit erregte freilich auch schon zu Ende der Republik die krankhafte Theilnahme des Publikums an dem ernsten Drama gerichtlicher Verhandlungen und ebenso die Eitelkeit der Redner, der es mehr auf den Beifall der Zuhörer als auf die Gerechtigkeit ihrer Sache ankommt[2]). In der Kaiserzeit nahm dieses Treiben einen noch kleinlicheren Charakter an[3]).

Die ordentliche Gerichtsstätte in Civilsachen ist also auch jetzt noch für die Magistrate und Geschwornen in Rom der alte große Marktplatz (forum Romanum, magnum)[4]), dem indeß im Interesse der mächtig angewachsenen Bevölkerung und der zahlreichen Prozesse durch Jul. Cäsar und August zwei neue, kleinere (forum Iulium s. Caesaris und forum Augustum) hinzugefügt werden[5]), so daß die drei Fora sprichwörtlich die Rechtspflege bezeichnen[6]). Aber während der abgehärtete Sinn

2) Hören wir das Selbstbekenntniß des berühmtesten Sachwalters dieser Zeit *Cic. Brut.* 84. Volo hoc oratori contingat, ut, cum auditum sit eum esse dicturum, locus in subselliis occupetur, compleatur tribunal, gratiosi sint scribae in dando et cedendo loco, corona multiplex, iudex erectus: cum surgit is, qui dicturus sit, significetur a corona silentium, deinde crebrae assensiones, multae admirationes: risus cum velit, cum velit fletus: ut qui haec procul videat, etiamsi quid agatur nesciat, at placere tamen et in scena esse Roscium intelligat.

3) S. oben § 64 die Aeußerungen des Quintilian und des jüngern Plinius über die Plaidoyers im Centumviralgericht, besonders Note 10. 16. 17. 27. Auch für die Bewunderung der eigenen Gemahlin sorgte der eitle Redner. *Plin. Ep.* IV. 19.

4) Auf welchem comitium und forum (s. § 27 Note 11) nicht mehr unterschieden wird. *Cic. cit.* sint sane Attici (*isti oratores*): sed in comitium veniant, ad stantem iudicem dicant. Subsellia grandiorem et pleniorem vocem desiderant.

5) *Sueton. Octav.* 29. Fori exstruendi causa fuit hominum et iudiciorum multitudo, quae videbatur, non sufficientibus duobus (*cf. Caes.* 26.), etiam tertio indigere. — cautumque ut separatim in eo publica iudicia et sortitiones iudicum fierent. *cf. c.* 56. *Mon. Ancyr. Tab.* I. *a dextra lin.* 12. *sqq.* 21.

6) *Seneca de ira* II. 9. circumscriptiones, furta, fraudes,

der Alten die Verhandlung unter freiem Himmel liebte, sucht man jetzt den Schutz vor Wind und Wetter in Basiliken [7]), Tempelhallen [8]) oder andern Hörsälen [9]), die jene Plätze schmükken [10]) und die zwar für eine große Zahl von Zuhörern Raum bieten [11]), aber der Kraftentwicklung des Redners hemmende Schranken setzen [12]). Auch die räumliche Anordnung der Verhandlung selbst ist die althergebrachte. Der Richter, sei er Magistrat [13]) oder Geschworner [14]), sitzt auf einer erhöhten Tribüne (tribunal), in Form und Materie verschieden [15]), selbst transportabel [16]), aber stets geräumig genug, um auch die Bei-

quibus trina non sufficiant fora. *Martial.* III. 38, 4. VII. 65, 2. VIII. 44, 6. *Ovid. Trist.* III. 12, 24.

7) Die basilica Porcia, ein censorisches Weihegeschenk des ältern Cato, war das Geschäftslokal der Volkstribunen, die sich aber gewiß nicht öffentlich beriethen. *Plutarch. Cato min.* 5. Dagegen ist die basilica Iulia (s. *Mon. Ancyr. cit.*) als Sitzungslokal der Centumvirn, in mehreren durch vela getrennten Hallen, bekannt. S. § 64 Note 10. 29. Die Basiliken verhalten sich zum Forum, wie der Bazar zum Markt, und enthielten gewöhnlich auch Kaufläden. *L. 32. § 4. D. de auro arg. leg.* (34, 2). *Vitruv.* V. 1. § 8. uti, qui ad magistratus starent, negotiatores in basilica ne impedirent.

8) Vom Tempel der Venus genetrix, der den Mittelpunkt des forum Iulium bildete, sagt *Appian. de b. c.* II. 102. *καὶ τέμενος* (eine Tempelhalle) *τῷ νεῷ* (der Cella) *περιέθηκεν, ὃ Ῥωμαίοις ἔταξεν ἀγορὰν εἶναι, οὐ τῶν ὠνίων, ἀλλ' ἐπὶ πράξεσι συνιόντων ἐς ἀλλήλους, — ζητοῦσιν ἢ μανθάνουσι τὰ δίκαια.* Auf dem forum Augustum stand der Tempel des Mars ultor. *Sueton. Oct.* 29. *Monum. Ancyr. cit.*

9) S. Note 12.

10) *Sueton. cit.* fori exstruendi causa. Die prächtigen, von spätern Kaisern erbauten Fora, insbesondre das forum Traiani, scheinen den gerichtlichen Verhandlungen nicht gedient zu haben.

11) Vgl. die iudicia centumviralia in der basilica Iulia.

12) *Dial. de oratorib.* 39. quantum virium detraxisse orationi auditoria et tabularia credimus, in quibus iam fere plurimae causae explicantur? nam quomodo nobiles equos cursus et spatia probant, sic est aliquis oratorum campus, per quem nisi liberi et soluti ferantur, debilitatur ac frangitur eloquentia.

13) Alle richterlichen Magistrate, auch magistratus minores, z. B. Aediles curules. *Lex Iul. mun. lin.* 39. *cf. Pseudo-Ascon. in Divin.* § 48. *Orelli.*

14) *Cic. cit.* Note 2.

15) *Vitruv.* V. § 8. tribunal est in ea aede hemycicli schematis minore curvatura formatum. *Sueton. Caes.* 84. Aus den Subsellien und hölzernen Tribunalien erbaut das Volk den Scheiterhaufen für den ermordeten Dictator.

16) *Caes. de b. c.* III. 20. tribunal suum iuxta C. Treboni, Praetoris urbani, sellam collocavit.

sitzer [17]) und Gerichtsschreiber [18]) oder ein zahlreiches Collegium von Geschwornen [19]) aufzunehmen. Nur der Magistrat aber sitzt auf dem Königsstuhl (sella curulis) [20]), alle andern auf gewöhnlichen Bänken (subsellia) [21]). Davor zu gleicher Erde sind die Partheien [22]) mit ihren Beiständen, stehend, insofern es nur eine postulatio bei dem Prätor gilt [23]), sitzend bei der cognitio des Prätors oder der Geschwornen auf gemietheten Bänken (subsellia) [24]), von denen der Redende sich erhebt [25]), dahinter die Corona der Zuhörer [26]).

Ganz dieselben räumlichen Einrichtungen, Forum, Basilika, Tribunal [27]), Sella curulis [28]), dienen nach römischem Muster auch der Jurisdictio municipalis.

17) *Cic. de or.* I. 37. nobis in tribunali Q. Pompeii, Praetoris urbani, familiaris nostri, sedentibus. *Tac. Ann.* I. 75. *Sueton. Tib.* 33.

18) *Cic. cit.* Note 2.

19) Die Centumvirn s. § 64 Note 10. 29, die Criminalgeschwornen *Cic. in Vatin.* 14.

20) Becker, röm. Alterth. II. 2. S. 77.

21) *Cic. cit.* Note 2. 4. *pro Cluentio* 34. *cf. Varro de LL.* V. § 128. *M.*

22) *Cic. in Vatin.* 14. num quis reus in tribunal quaesitoris adscenderit, eumque vi deturbarit?

23) Die postulatio wurde rasch erledigt. Vgl. *Cic. pro Quintio* 8.

24) *Sueton. Nero* 17. Cautum —, ut litigatores — mercedem pro subselliis nullam omnino darent, praebente aerario gratuita.

25) *Cic. pro Rosc. Am.* 1. Credo ego vos, iudices, mirari quod, cum tot summi oratores hominesque nobilissimi sedeant, ego potissimum surrexerim. *c.* 22. Assedit (*accusator*), surrexi ego: respirare visus est, quod non alius potius diceret: coepi dicere *rel.*

26) *Cic. Brut.* 84. Note 2. *pro Flacco* 28. summissa voce agam, tantum ut iudices audiant. — A iudicibus oratio avertitur: vox in coronam turbamque effunditur, um der anwesenden bei der Sache interessirten Juden willen.

27) *Paul.* IV. 6. § 2. In municipiis, coloniis, oppidis — in foro vel in basilica — ab iisdem magistratibus *rel.* Die Basilika in Pompeji mit dem freien Marktraum in der Mitte, den Säulenhallen zu beiden Seiten und dem Tribunal in der Concha am hinteren schmalen Ende, darunter das Gefängniß, giebt davon das deutlichste Bild. Für das Tribunal s. *Orelli* 3219. 3293. *Sueton. de rhet.* 6. — Dennoch werden tribunalia nur die höheren Staatsgerichtshöfe genannt. *Ulp. L. 1. D. de iudiciis* (5, 1). — qui tribunali praeest vel aliam iurisdictionem habet. *Ulp.* Protribunalium et de omnibus Tribunalibus libri X handeln nur von den Pflichten des Prätors und Präses Provinciae. — Für die Verhandlung de plano *Fragm. Vat.* § 112. Apud magistratus de plano L. Titius a marito re-

Desgleichen der Rechtspflege der Provinzialstatthalter[29]), nur daß diese frühzeitig, namentlich den eingebornen Unterthanen gegenüber, es mit der Gerichtsöffentlichkeit nicht so streng nahmen[30]), und später das Verhör nach Belieben von dem Tribunal auf offenem Markte in den Gerichtssaal ihres Prätoriums (auditorium) verlegen[31]).

Der Kaiser selbst endlich fügte sich zwar Anfangs der republikanischen Sitte, hörte aber nach Bequemlichkeit die Rechtsuchenden auch in der kaiserlichen Wohnung, und später hielt man es der Würde des Souveräns angemessen, daß er nur in dem dafür bestimmten Saal seines Palastes (auditorium Principis) zu Gericht saß[32]). Diesem Vorgang folgten dann auch seine Vertreter, die Präfecten (auditorium Praefecti praetorio)[33]). Hiernach ist es erklärlich, daß die spätern Classiker auditorium für jeden Staatsgerichtshof gebrauchen[34]). Also bereitete sich die Beschränkung der Gerichtsöffentlichkeit in der folgenden Periode vor.

Uebrigens ist die amtliche Thätigkeit des Magistrats nicht auf seinen erhabenen Richtersitz, das Tribunal, beschränkt[35]); auch an andren Orten, auf gleicher Erde[36]) ist er noch der

petit. — Duumvir dixit: sermo vester in actis erit.

28) *Mommsen Inscr. Neap.* 2095. *Orelli-Henzen* 7121. Ohne Zweifel auch eine Bewilligung der Kaiserzeit.

29) *Cic. Verr.* II. 38. palam de sella ac tribunali pronuntiat.

30) *Cic. Verr.* V. 11. controversiae secreto deferebantur, paullo post decreta auferebantur. deinde, ubi paullisper in cubiculo pretio, non aequitate iura descripserat *rel.*

31) *Ev. Ioh.* 18, 33. 19, 9. 13. *πραιτώριον* — *βῆμα.* *Acta Ap.* 15, 23. *ἀκροατήριον.*

32) S. oben § 62 Note 32—34.

33) *L. 40. D. de reb. cred.* (12, 1). *Paul.* — in auditorio Aemilii Papiniani Praefecti praetorio. *Paul. ad Phil.* I. 13. *πραιτώριον.* Eine zahlreiche Zuhörerschaft scheint hier nicht ausgeschlossen worden zu sein.

34) *L. 5. D. de off. adsess.* (1, 22). *L. 41. D. de receptis arbitris* (4, 8). *L. 78. § 4. D. de iure dot.* (23, 3). *L. 1. § ult. D. ne de statu defunct.* (40, 15). *L. 54. § 1. D. de re iud.* (42, 1). *cf. Pseudo-Ascon. in Divin.* § 48. non ex auditorio Praetoris.

35) Der Geschworne ist natürlich, sobald er seinen Richterstuhl verläßt, ohne amtliche Autorität.

36) *Cic. ad fam.* III. 8. pro tribunali et in conviviis — ex superiore et ex aequo loco sermones habitos. *Seneca de clem.* I. 8. in tribunali — in plano. *Sueton. Tib.* 33. e tribunali — de plano.

persönliche Träger des Imperiums. In dieser Beziehung wird jetzt unterschieden. Was eine förmliche Untersuchung (causae cognitio) und Entscheidung (decretum) verlangt, muß in feierlicher Sitzung pro tribunali erledigt werden [37]). Einen mündlichen Bescheid (interlocutio) [38]) und die schriftliche Verfügung (subscriptio) auf die Eingabe (libellus) kann der Magistrat auch de plano ertheilen [39]), immer aber öffentlich (in publico), nicht in geschlossenen Privaträumen [40]). Als in späterer Zeit diese Sachen sich häuften, wurden eigene unfeierliche Gerichtssitzungen (sessiones de plano) dafür bestimmt [41]). Die Solennität der freiwilligen Legis Actio endlich kann er vor sich vollziehen lassen, wo er geht und steht [42]). Das alte Rechtssprüchwort, daß das Recht selbst lebendig gegenwärtig sei, wo sein Vertreter, unbeschadet der Würde seines Imperiums und der Sitte der Vorfahren, es verkündet [43]), hatte damit seine ausgedehnteste Anwendung erhalten.

§ 80. Für die Gerichtszeiten ist die Hauptfrage, ob und wie lange der alte Gerichtskalender mit seinen dies fasti

37) So nicht nur die cognitiones in streitigen Civil- und Criminalsachen, sondern auch die causae cognitio bei Ertheilung der bonorum possessio. *L. 3. § 8. D. de bon. poss.* (37, 1). *L. 2. § 1. D. quis ordo* (38, 15), bei der Manumission *Sueton. Galba* 10, der Veräußerung von praedia minorum *L. 6. C. I. de praed. min.* (5, 71) u. s. w.

38) *L. 1. § 1. D. de const. Princ.* (1, 4). *Ulp.* Quodcunque — cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est. So erledigte der Magistrat auch leichtere Strafsachen. *L. 9. § 3. D. de off. Procons.* (1, 16). *L. 6. D. de accus.* (48, 2).

39) Subscriptio *L. 1. § 1. cit.* per libellum *L. 9. § 1. D. de off. Procons.* (1, 16) = *L. 71. D. de reg. iur.* (50, 17). *L. 6. C. I. de praed. min.* (5, 71). *L. 2. C. I. quem test.* (6, 32). Uebrigens nahm der Magistrat auch pro tribunali libelli an und ertheilte subscriptiones. *Plin. Ep.* I. 10. *Fr. Vat.* §§ 163. 167.

40) *L. 1. §§ 7—9. D. quando appell.* (49, 4).

41) *Fr. Vat.* §§ 156. 161. 163. 165. Dahin gehört auch *Fr. Vat.* § 112.

42) *Gai.* I. § 20. in transitu, veluti cum Praetor aut Proconsule in balneum vel in theatrum eat. *L. 7. L. 8.* (in villa) *D. de man. vind.* (40, 2). *L. 36. pr. D. de adopt.* (1, 7). Der Proconsul selbst außerhalb seiner Provinz, auf der Hin- oder Rückreise. *L. 2. pr. D. de off. Procons.* (1, 16). *L. 36. § 1. D. de adopt.* (1, 7). *Plin. Ep.* VII. 16.

43) *L. 11. D. de iust. et iure* (1, 1). *L. 4. § 1. D. de interrog. in iure* (11, 1). Vgl. oben § 27 Note 9. 10.

und nefasti noch seine Geltung behielt? und welche neue Einrichtungen etwa an seine Stelle getreten sind?

Da der Gegensatz der dies fasti und nefasti nach ausdrücklichem Zeugniß der Quellen sich nur auf die Legis Actiones bezog [1]), so mußte derselbe, scheint es, nach deren Aufhebung schon durch die Lex Aebutia, wenigstens für den ordentlichen Prozeß per formulam, seine Geltung verlieren, diese also nur etwa für die Instruction der Centumviralprozesse und die freiwillige Legis Actio fortdauern [2]). Allein weder ein so rasches Verlassen der Religionsvorschriften, noch eine so durchgreifende Aenderung der Gerichtsverfassung dürfen wir dem abergläubigen und conservativen Sinne der Römer zutrauen. Sehen wir auf bestimmte Zeugnisse, so wird zwar in der Hauptstelle des Varro die praktische Wirkung jener Religionsvorschrift an der freiwilligen Legis Actio exemplificirt [3]). Aber dieß erklärt sich einfach daraus, daß hier die Willkühr des Prätors leichter dagegen verstieß, während seine Gerichtssitzungen für die streitige Rechtspflege ein für allemal darnach geordnet waren. Auch deuten schon die von ihm und späteren Schriftstellern daneben gebrauchten allgemeineren Ausdrücke an, daß sie auf diesen Fall nicht beschränkt war [4]). Entscheidend ist aber das Zeugniß seines Zeitgenossen, des Juristen Trebatius, der seine Behauptung, die nundinae seien nicht nefasti, dadurch begründet, daß an ihnen der Prätor beide Zweige seiner Jurisdiction, die freiwil-

1) S. § 28 Note 25. 37—40.

2) Hartmann, röm. Gerichtsverf. S. 19 folg.

3) *Varro de LL.* VI. 4. § 30. Quod si tum (*sc. die nefasto*) id verbum emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio; ut magistratus vitio creatus nihilo setius magistratus. Praetor qui tum fatus est, si imprudens fecit, piaculari hostia facta piatur; si prudens dixit, Quintus Mucius ambigebat eum expiari ut impium non posse. § 31. itaque post id tempus lege actum saepe, scheint auch auf die freiwillige Legis Actio zu gehen.

4) *Varro cit.* § 30. itaque non potest agi; necesse enim aliquo eorum uti verbo, cum lege quid peragitur. *Verrius Flaccus in kal. Praenest.* 10. Jan. itaque s[*aepe responsum est, medio tempore*] licere agi 24. März. iudicia fieri. *Macrob. Sat.* I, 16, 2. — quibusdam horis — fas non est ius dicere.

lige durch Manumission und die streitige durch Anordnung der Geschwornengerichte, was jetzt allemal per formulam geschah, ausüben könne[5]). Mußte er doch auch bei Letzterer (iudicis datio, addictio) die solennen Worte sprechen, durch welche er am dies nefastus sich versündigt haben würde[6]). Endlich nahm auch Jul. Cäsar die ganze alte Ordnung der Gerichts- und Comitialtage in seinen neuen Kalender auf, ja er machte seine zehn neuen Tage, um den gerichtlichen Verhandlungen mehr Raum zu schaffen, zu dies fasti[7]), was nur erklärlich ist, wenn diese Ordnung bis zum Ende der Republik wesentlich unverändert fortbestand.

Sollen wir uns nun die Sache praktisch denken, so müssen wir annehmen, daß die etwa 45 dies fasti der Kalendarien[8]) auch jetzt noch feststehende Gerichtstage waren, die zwar auf keiner erkennbaren Regel beruhten, die aber Jedermann bekannt waren und an welchen man den Prätor urbanus auf seinem Tribunal zu finden gewiß sein konnte. Sie reichten aus, auch ohne Hinzunahme der in der Revolutionszeit durch häufige Volksversammlungen besetzten Comitialtage, weil die Instruction des Civilprozesses, die allein dem Prätor oblag, durch Ertheilung der im Edict angekündigten Formula außerordentlich vereinfacht war. In dieser leichten Form konnten an Einem Tage unzählige Sachen erledigt werden. Handlungen seines Imperiums[9]), selbst wenn sie eine causae cognitio erforderten[10]), also vielleicht auch die Anordnung eines iudicium, quod im-

5) *Macrob. Sat.* I, 16, 28. Trebatius libro I. religionum ait, nundinis magistratum posse manumittere iudiciaque addicere.

6) *Varro cit.* § 30. nefasti, per quos dies nefas fari Praetorem: do, dico, addico. *c.7.* § 53. fasti dies, quibus verba certa legitima sine piaculo licet fari. *Ovid. fast.* I. 47. Ille nefastus erit, per quem tria verba silentur. *Macrob. Sat.* I, 16, 14.

7) *Macrob. Sat.* I. 14, 12. ut maiorem daret actionibus libertatem.

8) *Mommsen C. I. lat.* I. *p.* 372 *sq.* — Im Folgenden beziehe ich mich auf das einzige vollständige Maffeianische Kalendarium.

9) S. oben § 28 Note 38.

10) Z. B. bei der in integrum restitutio.

perio continetur, für den Prätor peregrinus die Regel[11]), fanden wahrscheinlich auch am dies nefastus statt. Gewiß ist es für die Annahme der Criminalanklage durch die mit quaestiones perpetuae betrauten Prätoren[12]).

Der eigentlich zeitraubende Theil des Richtergeschäfts aber, Untersuchung und Entscheidung in Criminal- und Civilsachen, lag in den Händen der Geschwornen, und daß deren Thätigkeit sich nicht auf die dies fasti beschränkte, daß die Verhandlungen vor ihnen ohne Unterschied auch am dies nefastus möglich waren, dafür haben wir entscheidende Beweise[13]). Auch ist es begreiflich, daß es feststehende Gerichtstage für sie gar nicht geben konnte, weil die Termine der Verhandlung und Urtheilfällung theils von dem Magistrat, unter dessen Autorität die Geschwornen fungirten[14]), theils von ihnen selbst anberaumt wurden[15]). Dagegen unterlagen sie einer andern Zeitbeschränkung, durch die großen Spiele im Frühling[16]) und

11) *Gai.* IV. § 104. — interveniente peregrini persona. Varro's Ausdruck in Note 4: cum lege quid peragitur, scheint auch das legitimum iudicium zu umfassen, das überhaupt der legis actio ähnlich war. *Ulp.* XI. 27.

12) *Cic. ad Q. fratr.* II. 3, 5. — a. d. IIII. Id. (*Febr.*) Sestius ab indice C. Nerio Pupinia de ambitu est postulatus: et eodem die a quodam M. Tullio de vi. Der vierte vor den Idus, der 10. Februar, ist nefastus.

13) Für iudicia publica, denen bekanntlich der betreffende Prätor als Judex Quästionis präsidirte, s. *Cic. Verr.* I. 10. Nonae sunt hodie Sextiles, der 5. August, ein dies fastus. *ad Q. fratr.* II. 3, 6. a. d. III. Idus Febr. dixi pro Bestia de ambitu apud Praetorem Cn. Domitium. Der dritte vor den Idus, der 11. Febr., ist nefastus. *Ep.* 4, 1. Sestius noster absolutus est a. d. II. Id. Mart. müßte heißen: prid. Id.; den 14. März, das Fest der Equirien, zeichnen die Kalendarien mit NP. Der Beweis des Manutius, daß dieß durch nefastus prior oder principio aufgelöst werden müsse, ist hierdurch also keines Falls geführt, da Cicero's Plaidoyer ebensowohl am Morgen als am Nachmittag (*cf. Cic. Verr.* I. 10. hora nona convenire coepistis) statt gefunden haben kann. Ebenso in *Ep.* 13, 2. Cognosce nunc Idus. decimus erat Coelio dies. Domitius (*Praetor*) ad numerum iudices non habuit. Denn alle Idus sind NP. Vgl. jedoch *Orelli*.

14) Für iudicia privata s. oben § 71 Note 68. Für iudicia publica versteht es sich von selbst.

15) S. unten das Verfahren im Judicium.

16) Im April vom 4—10. die ludi Megalenses zu Ehren der Magna Mater, vom 12—19. die Cereales, vom 28—3. Mai die Floralien.

Herbst [17]). Ausdrücklich bezeugt ist es zwar nur als die Regel für iudicia publica [18]). Da aber überhaupt negotia forensia in diesen Festzeiten ruhen sollten [19]), so darf es unbedenklich auch auf iudicia privata bezogen werden. Wie hemmend die zunehmende Leidenschaft des Volks für solche Lustbarkeiten und der Ehrgeiz der Großen, der sie befriedigte, schon zu Ende der Republik für die Rechtspflege war, zeigen die berichteten Beispiele.

Wenn also das alte System der Gerichtszeiten sich bis

17) Vom 4—19. September die ludi Romani, vom 27—31. October die ludi Victoriae Sullae, vom 4—17. November die ludi plebeii. Vgl. Friedländer in Becker-Marquardt, röm. Alterth. IV. S. 491 folg.

18) Für die Frühjahrsspiele s. *Cic. pro Coelio* 1. Si quis, iudices, forte nunc adsit, ignarus legum, iudiciorum, consuetudinis nostrae: miretur profecto, quae sit tanta atrocitas huius causae, quod diebus festis, ludisque publicis (*sc. Megalensibus cf. Garatoni ad Cic. de harusp. resp.* VII. *p.* 266. *sq.*), omnibus negotiis forensibus intermissis, unum hoc iudicium exerceatur. — Idem, cum audiat, esse legem, quae de seditiosis, consceleratisque civibus, qui armati senatum obsederint, magistratibus vim attulerint, rem publicam oppugnarint, quotidie quaeri iubeat: legem non improbet *rel.* Die Lex Plautia de vi begründete diese Ausnahme von der Regel. *cf. Garatoni h. l.* Rudorff, Rechtsg. I. S. 83. — Für die Herbstspiele s. *Cic. Verr.* I. 9. Reperio, iudices, haec ab istis (Verres und seinen Freunden, Hortensius u. A.) consilia inita et constituta, ut — res ita duceretur, ut apud M. Metellum Praetorem (*designatum*) causa diceretur *rel. c.* 10. Nonae sunt hodie Sextiles (5. Aug.). hora nona convenire coepistis. hunc diem iam ne numerant quidem. Decem dies sunt ante ludos votivos (außerordentliche), quos Cn. Pompeius facturus est (15. Aug.). hi ludi dies quindecim auferent (30. Aug.). deinde continuo ludi Romani (4—19. Sept.) consequentur. Ita prope XL diebus interpositis, tum denique se ad ea, quae a nobis dicta erunt, responsuros esse arbitrantur. deinde se ducturos et dicendo et excusando facile ad ludos Victoriae (27—31. October). cum his plebeios esse coniunctos (4—17. Nov.), secundum quos aut nulli, aut pauci dies ad agendum futuri sunt. (Auch die Saturnalien, 17. Dez. folg., fielen aus.) Ita defessa atque refrigerata accusatione rem integram ad M. Metellum Praetorem (1. Januar) esse venturam. Vgl. *Cic. ad fam.* VIII. 7, 1. post ludos Romanos.

19) *Cic. pro Coelio* 1. Note 18. omnibus negotiis forensibus intermissis. Dazu gehörte auch die Versteigerung öffentlicher Arbeiten an den Mindestfordernden. *Cic. Verr.* I. 54. alienissimo tempore, ludis ipsis Romanis, foro ornato.

zum Untergang der Freiheit erhielt, so waren doch die Anschauungen und Sitten, auf denen es beruhte, längst erschüttert und die Monarchie war auch in dieser Beziehung der Anfang einer neuen Zeit. Ist es denkbar, daß der Prätor, der am dies nefastus Eines jener feierlichen Worte gesprochen, noch jetzt entweder seine Reinigung durch ein Sühnopfer gesucht oder für einen Unfrommen gegolten habe? [20]) — obgleich der Julianische Kalender, für dessen Verbreitung und Annahme August sorgte [21]), die Tage mit den alten Zeichen versah, und sowohl der gelehrte Grammatiker wie der Dichter, der das römische Jahr besang, sie archäologisch deutete [22]). Dagegen gewannen die Festtage, durch welche die Schmeichelei gegen den Kaiser und seine Familie den Kalender immer mehr verunzierte [23]), eine um so größere Geltung. Andrerseits war die Monarchie auch hier sich ihrer Aufgabe bewußt, die alte und neue Zeit auszugleichen und dem praktischen Bedürfniß zu dienen. Es mußte dieß in doppelter Beziehung geschehen: Einmal durch Begrenzung der Gerichtsferien und der Gerichtszeit, und zweitens durch Feststellung bestimmter Gerichtstage. Ueber beides sind freilich unsere Nachrichten sehr unvollständig.

Die Gerichtszeit im Jahre (rerum actus) [24]) ordnete Au-

20) *Varro* in Note 3. piaculari hostia — piatur; si prudens — eum expiari ut impium non posse. Note 6. sine piaculo.

21) *Mommsen Corp. Inscr. lat.* I. *p.* 294. Die Thätigkeit von Privaten, Priestercollegien und Municipalobrigkeiten, von denen die erhaltenen Kalendarien herrühren, unterstützten ihn darin im Interesse des Publikums. *Idem p.* 262. *sq.*

22) Verrius Flaccus im *kal. Praenest.* zum 2. 3. 10. Januar und 23. März. *Ovid. fast.* I. 47. *sqq.*

23) *Tac. hist.* IV. 40. – fasti adulatione temporum foedati. *Ann.* XIII. 4. votirt ein Senator gegen die Feier eines Sieges zu Ehren Nero's: si pro benignitate fortunae dis grates agerentur, ne totum quidem annum supplicationibus sufficere. *cf.* VI. 25. Von den Geburtstagen der kaiserlichen Familie s. *Sueton. Claud.* 14. Ius — laboriosissime dixit. etiam suis suorumque diebus sollemnibus, nonnunquam festis quoque antiquitus et religiosis. *Tiber.* 53. quum diem quoque natalem eius (*sc. Agrippinae*) inter nefastos (*Gell.* V. 17. quod vulgus imperite „nefastos" dicit) referendum suasisset. u. s. w. Die alte Zeichnung der Tage wurde deshalb nicht geändert. *Mommsen cit. p.* 366.

24) Der Ausdruck bezeichnet zunächst die Thätigkeit der Sachwal-

gust durch seine beiden leges Iuliae iudiciorum publicorum und privatorum [25]) in Bezug auf den Dienst der durch sie eingesetzten Geschwornencollegien (decuriae iudicum), mittelbar also auch für die Prätoren, insofern sie sich derselben zu bedienen hatten, insbesondre im ordentlichen Civilprozeß per formulam [26]). Sie war durch die großen Spiele im Frühling und Herbst in zwei Hälften, die Winter- und Sommermonate getheilt [27]) und außerdem durch die Sommerferien [28]) und andre Feste beschränkt [29]). August erweiterte sie um dreißig Tage [30]) und seine Nachfolger fanden stets neuen Anlaß, der Ausdehnung der Festzeiten zu wehren [31]). Eine umfassende Verordnung von

ter (*Plin. Ep.* I. 20. frequenter egi. IV. 19. acturus, cum egi. 17. 21. eadem in actione, actione mea u. s. w. *Ovid. Rem. am.* 144. res age. *Quintil. Inst. or.* X. 1, 31. actus rei. *Plin. Ep.* IX. 25. nunc me rerum actus — distringit), deren Zeit (*Seneca Ep.* 18. dies rerum agendarum) mit der Schwurgerichtsperiode zusammenfällt, daher auch diese nun so heißt. Vgl. Note 26. 27.

25) Vgl. Note 30. 35.

26) *Gai.* II. § 278. Praeterea legata per formulam petimus: fideicommissa vero Romae quidem aput Consulem vel apud eum Praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur *rel.* § 279. Item de fideicommissis semper in urbe ius dicitur (vgl. Note 45): de legatis vero cum res aguntur.

27) *Sueton. Claud.* 23. Rerum actum divisum antea in hibernos aestivosque menses coniunxit. Für die Frühlingsspiele *Ovid. Fast.* IV. 187. *sq.* *Trist.* III. 17, 12. *sq.* Vgl. oben Note 18 und unten Note 30.

28) *Statius Silv.* IV. 4, 39. *Plin. Ep.* VIII. 21. Iulio mense, quo maxime lites interquiescunt. *Gell.* IX. 15, 1. per feriarum tempus aestivarum decedere ex urbis aestu volentes Neapolim concesseramus. Ob sie durch die ludi Apollinares vom 6—13. Juli und ludi Victoriae Caesaris vom 19—30. oder durch die Ernte veranlaßt waren, steht dahin.

29) Z. B. die Saturnalien, s. Note 30. *cf. Gell.* XVI. 10, 1. Otium erat quodam die Romae in foro a negotiis et laeta quaedam celebritas feriarum.

30) *Sueton. Octavian.* 32. Ne quod autem maleficium negotiumve impunitate vel mora elaberetur, triginta amplius dies, qui honorariis ludis occupabantur, actui rerum accommodavit. Ad tres iudicum decurias *rel.* Nach *Macrob. Sat.* I. 10, 4. erklärten die leges Iuliae iudiciariae nur 3 Tage der Saturnalien, den 17—19. Dezember, für dies feriati. Dagegen sagt *Sueton. l. c.* vix concessit, — ut solitae agi Novembri ac Decembri mense res omitterentur, was die völlige Freilassung beider Monate anzudeuten scheint.

31) Claudius *Dio Cass.* 60, 17. Wie er nach *Sueton.* in Note 27. die Gerichtszeit des Winters und Sommers vereinigte, ist nicht klar. Vgl. Note 38. Be-

M. Aurel (oratio d. Marci) brachte die Gerichtszeit auf jährlich 230 Tage[32]), ordnete die Ferien der Ernte und Weinlese[33]) und bestimmte die ausgenommenen Sachen (causae exceptae), die außerhalb der Gerichtszeit auch gegen den Willen der Partheien zur Verhandlung kommen sollten[34]). Denn durch Uebereinkunft der Partheien war es auch sonst möglich[35]). Die freiwillige Legis Actio wird jetzt unbedingt am dies feriatus zugelassen[36]), die Bestellung eines Vormundes an jedem Tage gestattet[37]).

Die allgemeine, durch die Natur der Sache gebotene Geschäftsvertheilung brachte es mit sich, daß beim Beginn der Gerichtszeit (actus rerum) die Geschwornen, die während dieses Jahres in Civil- oder Criminalsachen den Dienst hatten, von dem betreffenden Prätor einberufen[38]) und ihrem Geschäftszweig zugetheilt wurden[39]). Die einzelnen Rechtssachen

spasian *Tac. Hist.* IV. 40. tum sorte ducti, — quique — fastos adulatione temporum foedatos exonerarent.

32) *Capitolin. Marc.* 10. Iudiciariae rei singularem diligentiam adhibuit: fastis dies iudiciarios addidit, ita ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret.

33) *LL. 1. 2. 3. 7. D. de feriis* (2, 12).

34) *L. 1. § 2. L. 2. cit.*

35) *L. 1. pr. § 1. cit. L. 6. eod. Ulp. lib. 77. ad edictum.* Si feriatis diebus fuerit iudicatum, lege (*sc. Iulia iudiciorum privatorum?*) cautum est: ne his iudicium sit, nisi ex voluntate partium; et quod aliter adversus ea iudicatum erit, ne quis iudicatum facere neve solvere debeat: neve quis, ad quem de ea re in ius aditum erit, iudicatum facere cogat. *cf. L. 36. D. de receptis* (4, 8). *Idem.* — nisi alia lege ea dies feriata, in qua sententia dicta est, fuerit excepta.

36) *Paul.* II. 25. § 3. Emancipatio etiam die feriato fieri potest.

37) *L. 8. § 2. D. de tut. et cur.* (26, 5). *Ulp.* Dari tutor omni die poterit.

38) *Sueton. Galba* 14. Iudicibus — concessum a Claudio beneficium, ne hieme initioque anni ad iudicandum evocarentur, eripuit. Die Regel ist klar, nicht aber die von Claudius vorübergehend gewährte Befreiung. *Plin. Ep.* IV. 29. Eia tu, cum proxime res agentur, quoquo modo ad iudicandum veni. — non impune cessatur. Ecce, Licinius Nepos, Praetor (*cf. Ep.* V. 21, 3), acer et fortis vir, multam etiam dixit senatori. — Dices, non omnes Praetores tam severi. Falleris *rel.* Vgl. § 65 Note 25. 27.

39) Vgl. § 65 Note 26.

wurden ihnen, jenachdem sie einkamen, übertragen. Nur beim Anfang des neuen Gerichtsjahres (annus litium) an den Kalenden des Januars[40]) veranlaßten sowohl die längeren Ferien am Schluß des verflossenen Jahres[41]), als die Hoffnungen, die ein neuer Beamter zu erregen pflegt[42]), einen solchen Andrang der Rechtsuchenden, daß die Reihenfolge, in welcher die einzelnen Sachen zur Instruction kommen sollten, durch's Loos festgestellt werden mußte[43]).

Die Gerichts- oder Sitzungstage des Prätors (sessiones), die feierlichen (pro tribunali) und unfeierlichen (de plano)[44]), scheinen in der Kaiserzeit nicht auf gesetzlicher Bestimmung, sondern auf seinen eigenen Anordnungen und auf Gerichtsgebrauch beruht zu haben[45]), wobei er in Bezug auf extraordi-

40) Der erste und zweite Januar waren von Alters her dies fasti und jetzt der Anfang des actus rerum. *Ovid. fast.* I. 164. *sqq.* Postea mirabar, cur non sine litibus esset Prima dies. Caussam percipe, Ianus ait. Tempora commisi nascentia rebus agendis, Totus ab auspicio ne foret annus iners.

41) Durch die Herbstspiele, Saturnalien u. A., s. Note 30.

42) So in der Sache des Verres, Note 18. Eben darauf deutet *Gai.* IV. § 122. *L. 26. § 6. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). Auch der von Keller, L. C. und Urtheil S. 135 folg. geltend gemachte Grund, nehmlich daß die iudicia, quae imperio continentur, nicht auch den Ablauf des Amtsjahres erlöschen möchten (*Gai.* IV. § 105.), mag mitgewirkt haben. Desgleichen die exceptio litis dividuae und rei residuae. *Gai.* IV. §§ 56. 122. Im Allgemeinen s. *Iuvenal. Sat.* XVI. (*spuria cf. Heinrich*) *v.* 42. exspectandus erit, qui lites inchoet annus Totius populi.

43) *Servius ad Aen.* 2, 102. — in ordinem dicebantur (*redigebantur*?) causae propter multitudinem vel tumultum festinantium cum erat annus litium. Iuvenalis: exspectandus erit *rel. Idem ad Aen.* 6, 431. sine iudicio. Traxit autem hoc de more Romano: non enim audiebantur causae, nisi per sortem ordinatae: tempore enim, quo causae agebantur, conveniebant omnes — et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo post dies triginta suas causas exsequerentur (?), unde est: urnam movet. Eine allgemeinere Bedeutung kann ich diesem Zeugniß des Scholiasten, der seine eigene Quelle schwerlich verstand, nicht beilegen. Ein ordo adeuntium Praetorem oder ordo postulationum war auch sonst unentbehrlich. *Festus* v. *Ordinarium. L. 9. § 4. D. de off. Procons.* (1, 16). Vgl. jedoch Rudorff, Rechtsg. II. § 2 S. 5 folg. Hartmann, Cont.-Verf. S. 148 Note 24.

44) *Fr. Vat.* §§ 156. 161. 163. 165. *L. 2. § 1. D. quis ordo* (38, 15).

45) *L. 5. D. de feriis* (2, 12). *Ulp.* Pridie kal. Ian. Magistra-

nariae cognitiones natürlich an die Schwurgerichtsperiode (actus rerum) nicht gebunden war[46]). Ob und wann er sich außerhalb dieser Sitzungen öffentlich (in publico) zeigen und von Partheien angehen lassen wollte (adeundi facultas), hing lediglich von seiner Willkühr ab[47]). Ebenso die Vertheilung der Geschäfte auf die Sitzungstage[48]). Nur für gewisse Sachen, z. B. für Manumissionen apud consilium, waren bestimmte Tage im Jahr ausgesetzt[49]). Daß dem Bedürfniß der Rechtsuchenden durch öffentliche Bekanntmachungen genügt wurde, finden wir angedeutet[50]). Immerhin waren sie in dieser Hinsicht sehr abhängig von der Gerichtsobrigkeit und die Berechnung der Fristen und Verjährungszeiten als tempus utile, wobei nur die Tage, wo man des Prätors habhaft werden konnte, gezählt wurden[51]), muß nicht geringe Schwierigkeit gehabt haben[52]).

Ueber die Zeitbestimmungen der iurisdictio municipalis wissen wir durchaus nichts. Ohne Zweifel kamen dabei die besonderen Gottesdienste und Ortsgewohnheiten in Betracht[53]).

Für die Provinzialstatthalter waren gleichfalls der Landes-

tus neque ius dicere, sed nec sui potestatem facere consuerunt.

46) *Gai.* II. §§ 278. *sq.* in Note 26.

47) *L. 5. cit.* Note 44. *L. 1. §§ 7—10. D. quando appell.* (49, 4). Libelli konnte er zu jeder Zeit, selbst während der Ferien annehmen. *Fr. Vat.* § 156.

48) *L. 2. § 43. D. ad SC. Trebell.* (38, 17) *Ulp.* ubi Praetoris copiam habuit huic rei sedentis. *L. 2. § 2. D. quis ordo* (38, 15). *Ulp.* — si se dedit quidem Praetor pro tribunali, sed postulationibus non dedit, — cum Praeses aliis rebus, aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus.

49) *Gai.* I. § 20. Romae certis diebus apud consilium manumittuntur.

50) *L. 18. § 9. D. de custod.* (48, 18). *Paul.* Cogniturum de criminibus Praesidem oportet ante diem palam facere, custodias se auditurum; ne hi, qui defendendi sunt, subitis accusatorum criminibus opprimantur.

51) *L. 2. §§ 1. 2. D. quis ordo* (38, 15). *L. 1. §§ 7—10. D. quando app.* (49, 4). *Fr. Vat.* § 156. *L. 1. D. de div. temp. praescr.* (44, 3) u. s. w.

52) Die Sitzungstage konnten etwa durch die acta Praetoris ermittelt werden; aber wie die andern, ubi Praetoris copiam habuit adversarius?

53) Das kürzlich (1864) in Pompeji ausgegrabene Kalendarium muß darüber Aufschluß geben.

gebrauch, namentlich in Bezug auf die Ferien der Ernte und Weinlese, maaßgebend[54]). Die wichtigste positive Zeitbestimmung für ihre Gerichtssitzungen war die des Conventus in den verschiedenen Hauptorten der Provinz[55]) und zwar sowohl für extraordinariae cognitiones[56]) als für iudicia ordinaria; für diese selbst unbedingt, insofern die ordentlichen Geschwornen (iudices) nur zum Convent einberufen wurden[57]). Auch an einer herkömmlichen Geschäftsvertheilung fehlte es nicht. Am ersten Tage des Convents wurde die Liste der Geschwornen festgestellt[58]), am letzten Tage fanden die Manumissionen vor dem Consilium von zwanzig Recuperatoren, römischen Bürgern, statt[59]). Aber auch außerhalb des Convents konnte der Statthalter nach den allgemeinen Grundsätzen angegangen und Rechtshülfe von ihm begehrt werden[60]).

Als Gerichtsstunden werden Vormittags für den Anfang der Verhandlungen noch immer als Regel die dritte[61]), ausnahmsweise auch die zweite[62]), Abends die zehnte für den

54) *L. 7. pr. D. de off. Procons.* (1, 16). *L. 4. D. de feriis* (2, 12).

55) S. oben § 60 Note 12. — § 67 Note 42.

56) *Gai.* II. § 279. de fideicommissis semper in urbe ius dicitur. *cf.* § 278. in provinciis apud Praesidem provinciae.

57) *Theophil. Paraphr. pr. I. de succ. subl.* (3, 12). δικαστήρια ὀρδινάρια — τουτέστιν — ἐν μόνῳ τῷ καιρῷ τοῦ κονβέντου. Ob iudicia recuperatoria auch außerhalb des Convents, weil nicht nothwendig aus dem album iudicum, angeordnet werden konnten? Vgl. oben Note 59.

58) *Plin. Ep.* X. 66. Cum citarem iudices, Domine, conventum inchoaturus, Flavius Archippus vacationem petere coepit, ut philosophus *rel.*

59) *Gai.* I. § 20. Consilium adhibetur —, in provinciis autem viginti recuperatorum civium Romanorum: idque fit ultimo die conventus.

60) Viele der für den Prätor angeführten Stellen gehen auch auf den Provinzialstatthalter. Vgl. noch *L. 19. pr. D. de off. Praes.* (1, 18). *Callistr.* Observandum est ius reddenti, ut in adeundo facilem se praebeat *rel.*

61) *Martial.* IV, 8, 2. Exercet raucos tertia causidicos. VIII. 67, 3. raucae vadimonia quartae.

62) Die Fälle sind solche, wo die Partheien die Sache besonders eifrig betrieben. *Ascon. in Milon. Orelli* V. 2. *p.* 42. intra horam secundam accusatores coeperunt dicere. *Cic. pro Quintio* 6. Naevius — suos necessarios — corrogat, ut ad tabulam Sextiam sibi adsint hora secunda. postridie veniunt frequentes. testificatur iste, P. Quintium non stetisse *rel.* *Horat.*

Schluß der Verhandlungen genannt[63]), die aber der Kaiser auch bis nach Sonnenuntergang zu verlängern sich erlaubte[64]).

Als Zeitbestimmungen für die einzelnen Handlungen im Prozeß sind die Termine (dies) noch immer häufiger als die Fristen (tempora). Dilatio bezeichnet nicht diese, sondern eine außerordentliche Vertagung der Sache, die nach der Oratio d. Marci zur Anschaffung von Beweismitteln (instrumentorum causa) und zu Gunsten des Beklagten, der unvorbereitet zum Prozeß kommt, vom Richter causa cognita verfügt wird[65]). Als gesetzlicher Zeitraum kommen neben den alten 30 Tagen[66]) beim Verfahren extra ordinem auch zehn Tage[67]) und andere vor.

Der Gedanke, die Prozesse zu beschleunigen, durch Vorschrift eines Maximums ihrer Dauer, war der Republik völlig fremd. Denn die Beschränkung der iudicia, quae imperio continentur, auf die Amtszeit des Magistrats, der sie angeordnet, ist zwar ohne Zweifel uralt, aber in ihrer Natur begründet. Sie hatten, weil sie außerhalb der Grenzen des alten Civilrechts lagen, keine selbständige Rechtskraft, sondern wurden nur durch die iurisdictio des Magistrats getragen, mußten also auch mit dieser erlöschen. Die iudicia legitima waren ursprünglich gewiß perpetua[68]). Erst die lex

Sat. II. 6, 35. ante secundam Roscius orabat sibi adesses cras. *Paul.* IV. 6. § 2. inter horam secundam. s. Note 63. *Val. Prob.* § 5, 19. Zuweilen fing das Plaidoyer auch erst Nachmittags an. *Cic. Verr.* I. 10. hora nona.

63) *Cic. Verr.* II. 17. ut — (*Verres*) utatur instituto suo, nec cogat ante horam decimam de absente secundum praesentem iudicare. *L. 1. § 8. D. quando appell.* (49, 4). *Ulp.* si dicta sit sententia iam suprema hora. *Paul. rec. sent.* IV. 6. § 2. Testamenta in municipiis — inter horam secundam et decimam recitari debent.

64) *Sueton. Octav.* 33. Ipse ius dixit assidue et in noctem nonnunquam. Von M. Aurel *Dio Cass.* 71, 6. *Fronto de fer. Ep.* 3. *p.* 140. *ed. Nieb.* — sol non esset tibi satis ad iudicandum? — nocte cognoscis.

65) *L. 7. L. 10. D. de feriis* (2, 12). *L. 36. pr. L. 45. pr. D. de iudiciis* (5, 1).

66) Z. B. bei der bonorum venditio *Gai.* III. § 79. und *Lex Iul. mun.* I. *lin.* 41. *sq.*

67) *L. 69. D. de iudiciis* (5, 1). *Fr. Vat.* § 163. *cf. Lex Iul. mun.* I. *lin.* 34.

68) *Cic. pro Quinctio* 13. Quod est hoc iudicium, in quo

Iulia iudiciorum (privatorum) von August beschränkte ihre Dauer um jenes Motivs willen auf achtzehn Monate[69]). Nicht unter jenem Gegensatz begriffen, also auch nicht an jenen Zeitraum gebunden waren 1) die Centumviralprozesse, über deren unendliche Dauer unter Vespasian geklagt wird[70]), und 2) die extraordinariae cognitiones. Ein Prozeß dieser Art, dessen Acten uns erhalten sind, dauerte achtzehn Jahre[71]). Außerdem konnte die Appellation durch mehrere Instanzen eine Rechtssache sehr lange hinausziehen[72]).

II. Prozeß.

Allgemeines.

1. Umfang des Civilprozesses.

§ 81. Auch für diese Periode haben wir zunächst den Umfang des Civilprozesses oder seine Begrenzung durch Selbsthülfe, häusliche, priesterliche und Staatsgewalten zu bestimmen. Die Grundlage bildet das ältere Recht, das jedoch im Einzelnen dem Zeitgeist gemäß modificirt ist.

Gewaltsame Selbsthülfe, die schon das alte Recht ausschloß, war um so mehr der fortgeschrittenen Cultur zuwider[1]).

iam biennio versamur? wenn er nicht die Verhandlung in iure mit hinzurechnet.

69) *Gai.* IV. §§ 103. *sqq.*

70) *Sueton. Vesp.* 10.

71) Die s. g. lis fullonum, s. Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. XV. S. 254 folg. Mommsen, das. S. 326 folg.

72) Ob *Martial.* VII. 65. Lis te bis decimae numerantem frigora brumae Conterit una tribus, Gargiliane, foris. Ah miser et demens! viginti litigat annis Quisquam cui vinci, Gargiliane, licet? hierauf zu beziehen? S. oben § 79 Note 6.

1) Die Nothwehr, Vertheidigung der Person ist auch jetzt straf- und privatrechtlich erlaubt. *L. 3. D. de iust. et iure* (1, 1). *L. 4. L. 5. pr. L. 45. § 4. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). *LL. 2. 3. 4. C. I. de lege Corn. de sic.* (9, 16); in Bezug

In Folge der Gewaltthätigkeiten der Revolutionszeit wurde ihr durch neue Rechtsmittel der Civiljurisdiction [2]) und durch verschärfte Criminalgesetze [3]) vorgebeugt. An letztere schließt sich M. Aurels berühmtes Decret (decretum d. Marci) an, nach welchem ein Gläubiger, der seine Befriedigung durch eigenmächtige Wegnahme der Sachen des Schuldners sucht, seine Forderung verlieren soll [4]). Die Rächung des Ehebruchs von Seiten des Vaters der Frau und des Ehemanns wurde von August bestätigt [5]), nur mit Beschränkungen im Einzelnen, wobei das Motiv, der eingerissenen Sittenlosigkeit einen Damm entgegenzusetzen, schwerer wiegen mochte, als die Achtung vor altrömischer **Hausgewalt**.

Auch diese bestand indeß noch grundsätzlich, und es fehlt selbst in der Kaiserzeit nicht an Beispielen wirklich geübter höchster Richtergewalt des Familienhauptes, selbst über freie Glieder des Hauses [6]). Andrerseits veranlaßte sowohl der Fortschritt der Humanität als die absolute Gewalt des Staatsoberhauptes den Schutz der Sklaven [7]) wie des Haussohnes [8]) gegen grausame Behandlung, und die indirecten civilrechtlichen Wirkungen der nie ganz verkannten natürlichen Persönlichkeit

auf den Besitz nach den Grundsätzen der possessorischen Interdicte. *L. 1. §§ 27. 28. L. 3. § 9. D. de vi et vi arm.* (43, 16). *L. 1. C. I. unde vi* (8, 4).

2) Dahin gehört die von dem Prätor M. Lucullus 678 u. c. aufgestellte Klage wegen Beschädigung (damnum), dann auch wegen Raub (bona vi rapta) durch bewaffnete Sklavenbanden. *Cic. pro Tullio* 8. Savigny, vermischte Schriften III. 30. *Keller Semestria* I. 3. *p.* 573 *sqq.*

3) Die leges de vi, insbesondre die zwei leges Iuliae de vi privata und publica. Vgl. Rudorff, Rechtsg. I. § 34. II. § 113.

4) *L. 7. D. ad leg. Iul. de vi priv.* (48, 7). *L. 13. D. quod met. causa* (4. 2).

5) Rudorff, Rechtsg. II. § 114.

6) Rudorff, Rechtsg. II. § 99 S. 326 folg.

7) Claudius, Hadrian, Antoninus Pius. *Sueton. Claud.* 25. *Spartian. Adr.* 18. *Coll.* III. 3. *Gai.* I. § 53.

8) *L. 5. D. si quis a parente* (37, 12). *Traian. L. 3. C. I. de patria pot.* (8, 47). *Alex. L. 9. § 3. D. de off. Procons.* (1, 16). *L. 2. D. ad leg. Corn. de sic.* (48, 8). *L. 11. D. de lib. et post.* (28, 2). Dahin gehört auch der Civilanspruch der Kinder in väterlicher Gewalt auf Alimentation. *L. 5. pr. § 1. D. de agn. et al. lib.* (25, 3).

Beider werden von der classischen Jurisprudenz in ebenso feinen als folgerichtigen Sätzen bestimmt [9]). Dem Haussohn im Nothfall eine Klage zu gewähren, gestatten die freieren Formen des Civilprozesses [10]). Die schon von August und seinen Nachfolgern ihm vergönnte freie Verfügung über den Kriegserwerb (peculium castrense) [11]) gehört zu den Privilegien des Soldatenstandes in der Militärmonarchie; und wenn Staatssklaven (servi publici) nun wenigstens über die Hälfte ihres Erwerbs sollen testiren können [12]), so kündigt sich darin eine bedenkliche Gleichstellung Aller dem Staate gegenüber an.

Der Hausgewalt verwandt ist das Richteramt der Vorstände (magistri) einer Corporation (collegium licitum), die in innern Streitigkeiten selbständig, jedoch nicht ex arbitrio, sondern nach dem von den Mitgliedern festgestellten Statut (lex) in den Formen des Civilprozesses, also auch mit Geschwornen (iudex, recuperatores) verfahren [13]).

Was die priesterlichen Gewalten betrifft, so veranlaßt zwar Despotismus und Aberglaube noch einige Todesurtheile des Kaisers als Pontifex maximus über vestalische Jungfrauen [14]); Gutachten der Pontifices in Civilsachen aber sind kaum noch von Bedeutung [15]).

Der alte Gegensatz des Civil- und des Strafrechts, des Civil- und Criminalprozesses erfuhr in dem letzten Jahrhundert der Republik seine vollständige Durchbildung [16]),

9) Gewöhnlich wird dieß nur für nicht klagbare Schuldverhältnisse (obligationes naturales) der Sklaven und des Haussohnes bemerkt. Eben dahin gehört aber, wenn bei dem einem Sklaven legirten Ususfructus persona servi spectatur. *Fr. Vat.* §§ 74. 82.

10) Als in factum actio, ficticia oder utilis und extra ordinem. *L. 13. D. de obl. et act.* (44, 7). *L. 18. § 1. D. de iudiciis* (5, 1). *L. 17. D. de reb. cred.* (12, 1).

11) *pr. I. quib. non permitt. facere testamentum* (2, 12). *Dig.* 49, 17. *de castrensi peculio.*

12) *Ulp.* XX. 16.

13) S. Rudorff, Rechtsg. I. § 86 und insbesondre über die lex collegii fontanorum Zeitschr. f. gesch. RW. XV. S. 273. 212.

14) Domitian *Plin. Ep.* IV. 11. Pontificis maximi iure, seu potius immanitate tyranni. *Sueton. Domit.* 8.

15) Nur bei der Abrogation. *Gell.* V. 19, 5. *sq.* *Gai.* I. § 102.

16) *pr. I. de publ. iud.* (4, 18)

einerseits durch die Aufstellungen des prätorischen Edicts über Civilrecht und Prozeß (ordo iudiciorum privatorum), andrerseits durch die leges iudiciorum publicorum, welche auch beides zugleich, Strafrecht und gerichtliches Verfahren (ordo iudiciorum publicorum), bestimmen [17]). Dieses letztere erhielt übrigens durch diese Gesetze, der fortschreitenden Entwicklung der Volksfreiheit gemäß, darin eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Civilprozeß, daß die Anklage eines Bürgers seine Grundlage und das Urtheil von Geschwornen sein Ziel bildet. Umgekehrt wird nach deren Untergang in der Kaiserzeit der ordo iudiciorum publicorum noch früher als der ordo iudiciorum privatorum durch ein Verfahren extra ordinem verdrängt [18]) und dadurch die Unterordnung beider, des Civil- und Criminalprozesses, unter Beamtenwillkühr in der folgenden Periode vorbereitet.

Demselben Entwickelungsgang des Rechts entspricht es, daß in den Fällen des gemischten Unrechts zunächst die Privatpönalklage nach dem prätorischen Edict nie mehr auf persönliche Genugthuung, Talion u. dergl., sondern nur auf eine Geldbuße gerichtet ist [19]), und daß dann schon durch die Sullanische Gesetzgebung für Injurien [20]), durch das ius extraordinarium

ohne Zweifel von einem älteren Juristen entlehnt: Publica iudicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quidquam simile habent cum ceteris (*sc. privatis*) iudiciis, — magnaque diversitas est eorum et in instituendis et in exercendis. *L. 1. D. stellion.* (47, 20). *Pap.* neque publicis iudiciis, neque privatis actionibus.

17) Gesetzlich fixirt wurde der Gegensatz in seiner Allgemeinheit durch die leges Iuliae iudiciorum publicorum und privatorum von August.

18) *L. 8. D. de publ. iud.* (48, 1). *Paul.* Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur. *L. 15. § 1. D. ad SC. Turp.* (48, 16). *Macer.* — qui hodie de iudiciis publicis extra ordinem cognoscunt. Vgl. oben § 63 Note 18—20.

19) *Gai.* III. § 189. — Sed postea inprobata est asperitas poenae et — quadrupli actio Praetoris edicto constituta est. § 224. Sed nunc alio iure utimur: permittitur enim nobis a Praetore ipsis iniuriam aestimare *rel.*

20) *L. 5. D. de iniur.* (47, 10). *L. 12. § 4. D. de accus.* (48, 2). Eine Privatpönalklage zur Wahl des Beleidigten. *L. 37. § 1. D. de iniur.* (47, 10). *§§ 8. 10. I. eod.* (4, 4).

der Kaiserzeit auch für die übrigen Fälle die criminelle Bestrafung ihr zur Seite tritt[21]), im wirklichen Gebrauch sie selbst allmälig verdrängt[22]).

Auch in der Verwaltung bestanden die alten Grundsätze im Wesentlichen fort[23]), ja sie mußten als naturgemäß und praktisch sich auch in den ausgedehnten Verhältnissen eines Weltreiches bewähren; die rücksichtslose Executivmacht der Magistrate, nur durch Befreiung des römischen Bürgers von körperlicher Züchtigung, unter den vielerlei dem römischen Scepter unterworfenen Völkern und Sprachen Zucht und Ordnung erhalten; die Verdingung aller öffentlichen Arbeiten in scharfen Contracten ohne Ueberlastung der Verwaltungsbehörden die großartigen öffentlichen Werke, Heerstraßen, Prachtbauten u. s. w. ermöglichen, die noch Gegenstand unsrer Bewunderung sind; die Verpachtung der Steuern und Zölle und das fiscalische Executionsrecht der Aerarbeamten in leichtester Weise den gemeinen Säckel füllen, aus dem jetzt unermeßliche Bedürfnisse zu bestreiten waren.

Die Aenderungen im Einzelnen, die uns hier interessiren, können wir als Erweiterungen des Rechtswegs bezeichnen, obgleich nicht dieser, sondern ganz andre Gesichtspunkte dabei maßgebend waren.

So war es 1) die Monarchie, neben welcher die Republik dem Namen nach fortbestand, die dem Volksvermögen (aera-

21) *L. 3. D. de priv. delict.* (47, 1). *Ulp.* Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exequi: siquidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit, nec cogendus erit in crimen subscribere: enimvero si extra ordinem eius rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit.

22) *L. 92. D. de furtis* (47, 2). *Ulp.* Meminisse oportebit, nunc furti plerumque criminaliter agi et eum, qui agit, in crimen subscribere: non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coërcendam. Non ideo minus, si quis velit, poterit civiliter agere. *§ 10. I. de iniuriis* (4, 4). *L. 45. D. eod.* (47, 10).

23) S. oben § 30 und die dort angeführten Zeugnisse aus dieser Periode.

rium) ein zweites, das kaiserliche Staatsvermögen (fiscus) an die Seite setzte [24]). Es entsprach dem natürlichen Entwicklungsgang des öffentlichen Zustandes, daß dem letzteren immer mehr Einkünfte zugeführt [25]) und die Rechte des Kaisers auch über das erste erweitert wurden, bis in der folgenden Periode eine ganz neue Einrichtung der öffentlichen Kassen an die Stelle trat [26]). Da der Kaiser nominell nur ein vom Volk mit Ehren und Vollmachten überhäufter Privatmann war, so nahm er auch ursprünglich in allen den Fiscus betreffenden Sachen vor den ordentlichen Gerichten Recht, wobei er durch seine Procuratoren (Procuratores Caesaris), denen dessen Verwaltung oblag, vertreten wurde [27]). Schon K. Claudius aber legte den Aussprüchen seiner Procuratoren gleiche Rechtskraft wie den eignen bei und ließ dieß durch ein Senatusconsult bestätigen [28]), wodurch diese, ähnlich den Quästoren, in fiscalischen Prozessen Richter und Parthei in Einer Person wurden. Die Einsetzung eines eigenen Prätor fiscalis durch Nerva [29]) stellte für Rom das alte Verhältniß wieder her [30]); Hadrian aber sicherte durch Bestellung des advocatus fisci [31])

24) Vgl. Becker-Marquardt, röm. Alterth. III. 2. S. 223 folg. Walter, Rechtsg. §§ 329 folg.

25) Z. B. die caduca nach einer Constitution von Caracalla *Ulp.* XVII. 2. *Fr. de iur. fisci* § 3., womit *Ulpian.* I. 21. nach der richtigen Lesart nicht im Widerspruch steht.

26) Das Nähere gehört nicht hierher. Wie schwierig es ist, die wechselnden Grenzen zwischen Fiscus und Aerar im Einzelnen zu ziehen, zeigt Aegypten. Vgl. Rudorff im Rhein. Museum für Phil. III. 1828. S. 141 folg.

27) *Dio Cass.* 57, 23. *Tac. Ann.* IV. 15.

28) *Tac. Ann.* XII. 60. Eodem anno saepius audita vox Principis, parem vim rerum habendam a Procuratoribus suis iudicatarum, ac si ipse statuisset. ac ne fortuito prolapsus videretur, senatus quoque consulto cautum plenius quam antea et uberius. *Sueton. Claud.* 12.

29) *Pomp. L.* 2. *§ 32. D. de or. iur.* (1, 2). *Plin. Panegyr.* 36. tribunal excogitatum principatui est, par ceteris. Ob Praetor hastarum? *Orelli-Henzen* 2379. 6453. 6500.

30) *Plin. cit.* At fortasse non eadem severitate fiscum, qua aerarium cohibes? immo tanto maiore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico credis. Dicitur actori atque etiam Procuratori tuo: In ius veni, sequere ad tribunal.

31) *Spartian. Adr.* 20. *L.*

auch in den Provinzen dem Procurator Caesaris die richterliche Stellung[32]). Ueberall scheint in fiscalischen Prozessen der ordentliche Rechtsgang stattgefunden zu haben, der selbst Geschworne nicht ausschloß[33]). Die Execution hatte, abgesehen von dem privilegium exigendi und dem gesetzlichen Pfandrecht des Fiscus, nichts Besondres[34]). Auch Appellation an den Kaiser wurde zugelassen[35]). Im Vergleich zu dem alten strengen Executionsrecht des Aerars kann, insofern das kaiserliche Staatsvermögen an dessen Stelle trat, alles dieß als Erweiterung des Rechtsweges bezeichnet werden. Im Bereich des Aerars selbst fand eine solche insofern statt, als der Zoll- und Steuerpächter (publicanus) nicht mehr durch eigenmächtige Pfändung (pignoris capio), sondern durch eine ihre Stelle vertretende Klage gegen die Abgabepflichtigen einschreiten sollte[36]). Daß ein Magistrat wegen widerrechtlicher Amtshandlungen nicht nur nach Niederlegung des Amts (posito magistratu) criminell, sondern auch während desselben (in ipso magistratu),

3. *§ 9. L. 7. D. de iure fisci* (49, 14). *L. 2. C. I. si adversus fiscum* (2, 37).

32) Richterliches Urtheil *L. 3. C. I. ubi causae fisc.* (3, 26). *Caracalla. L. 2. C. I. de iure fisci* (10, 1). *Gordian.* Wenn andrerseits von ihm gesagt wird, daß er den fiscalischen Schuldner belange (*L. 47. § 1. D. de iure fisci* [49, 14]. *Paul.*), so erklärt sich dieß daraus, daß er als Verwaltungsbeamter das fiscalische Interesse wahrnahm und dem advocatus fisci Anweisung ertheilte.

33) *Plin. cit.* Sors et urna fisco iudicem assignat: licet reiicere, licet exclamare: Hunc nolo, timidus est et bona saeculi parum intellegit; illum volo, quia Caesarem fortiter amat. Eodem foro utuntur principatus et libertas. Wenn es ferner heißt: Procuratores habet, ut plerumque cives tui non alios iudices malint. Liberum est autem disceptanti dicere: Nolo eum eligere *rel.*, so scheint, wo der Procurator Richter war, der Parthei die Erbittung eines Geschwornen frei gestanden zu haben. Die iudicis datio wird dem Procurator Caesaris nur in Privatsachen abgesprochen. *L. 23. § 1. D. de appell.* (49, 1). *L. 1. C. I. de ped. iud.* (3, 3).

34) Durch Schuldhaft, missio in bona und pignoris capio. Auf letztere geht wohl *L. 21. § 1. D. qui pot.* (20, 4).

35) *L. 47. L. 48. L. 50. D. de iure fisci* (49, 14). *cf. L. 1. C. I. ubi et apud quem* (2, 47).

36) *Cic. Verr.* II. 13. III. 10. *sqq.* Pfändung (pignerator) und Rechtsweg. *Gai.* IV. § 32. Nur Rechtsweg mit fingirter Pfändung. Vgl. oben § 30 Note 37.

insofern er als minor magistratus der in ius vocatio unterliegt, mit einer Delictsklage belangt werden kann, wird jetzt bestimmt anerkannt[37]).

2) Die öffentlichen Angelegenheiten der Communen in Italien und in den Provinzen standen von jeher unter der Aufsicht der römischen Magistrate[38]), die im Verwaltungswege darüber entschieden. In dem Rechtsstreit zwischen einem Bürger und seiner Stadtobrigkeit über städtische Lasten wird jetzt vor dem Provinzialstatthalter durch Cognitio verfahren[39]) und Forderungen der Stadtkasse, die sich nicht zur sofortigen Execution eignen[40]), werden, je nach ihrem Betrag, entweder vor den Municipalmagistraten oder vor dem Präses Provinciae im ordentlichen Rechtswege eingeklagt[41]).

3) Ordnungsstrafen wegen Uebertretung der Gesetze werden jetzt meist in der denselben eingerückten Strafklausel[42]) nicht zur Einziehung durch die Magistrate, sondern, nach Analogie des allgemeinen Anklagerechts in Criminalsachen, zur Einklagung durch jeden Bürger, der da will, im Civilprozeß ge-

37) *L. 32. D. de iniur.* (47, 10). ex minoribus magistratibus i. e. sine imperio et potestate. *L. 12. L. 13. D. de periculo* (18, 6). Aedilis. *L. 29. § 7. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). magistratus municipales.

38) S. § 58 Note 40. § 60 Note 18.

39) *L. 5. D. de extr. cogn.* (50, 13). *Callistratus de cognitionibus.* Cognitiones — de honoribus sive muneribus. *cf. L. 37. pr. D. ad mun.* (50, 1).

40) Z. B. durch praedium venditio. *Lex mun. Mal. c.* 64.

41) *Lex mun. Mal. c.* 69. de iudicio pecuniae communis. Quod municipum municipi Flavi Malacitani ab eo, qui eius municipi municeps incolave erit, quodve cum eo agetur *rel.* S. Mommsen's glückliche Restitution des Folgenden.

42) Sie lautet z. B.: qui adversus ea fecerit, is tantum populo dare damnas esto, eiusque pecuniae qui volet petitio esto. Erwähnt wird sie zuerst von Cato bei *Gell.* VI. 3, 37. Die älteste sichere Anwendung aber findet sich in der lex Iulia municipalis und von da ab in vielen andern. Die ältere Formel multa esto kommt zwar in der Kaiserzeit in Statuten des Coll. Lanuvinum (*Orelli-Henzen* 6086.) und des Coll. fontanorum (Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. XV. S. 272) vor, in letzterm mit Einklagung vor Recuperatoren; nicht aber in Staatsgesetzen. Eine vollständige Aufzählung der Fälle, die indeß nicht alle sicher sind, s. bei Bruns, Zeitschr. für Rechtsg. III. S. 344 folg., dem ich in der Hauptsache folge.

stellt [43]). Es wurde damit im Interesse der bürgerlichen Freiheit der doppelte Vortheil erreicht, daß die Befolgung der Gesetze, auch von Seiten der Beamten, der Obhut aller Bürger anvertraut [44]), und daß die Entscheidung in die Hände von Civilgeschwornen gelegt war. Das Verfahren ist jeden Falls als ein beschleunigtes zu denken [45]). Die Klage wird im Namen des Volks oder der Gemeinde, der die Strafe zufallen soll [46]), angestellt, und das Urtheil auf diese gerichtet [47]). Die executorische Einziehung zum Aerar oder der Stadtkasse ist die gewöhnliche. Nur ausnahmsweise empfängt der Kläger, nach Analogie des Accusator, eine Belohnung daraus [48]).

Verwandt sind die erst in dieser Periode durch das prätorische und ädilicische Edict eingeführten Popularklagen (actiones populares) [49]). Sie beziehen sich auf Fälle, wo

43) Das älteste erhaltene Beispiel ist *Lex tab. Bant. Corp. Inscr.* I. *p.* 45. nach Mommsen zwischen 621 und 636 d. St.; aber die noch nicht sicher ausgefüllten Lücken erschweren das Verständniß. Mir scheint in den erhaltenen Worten ein dreifaches Verfahren angeordnet: 1) in den Worten: eam pequniam quei volet magistratus exsigito, executivische Beitreibung (exactio) der Ordnungsstrafen, wobei es dahin gestellt bleibt, mit welcher Formel diese im Gesetz angeordnet war und in welchem Verfahren sie festgestellt werden sollte. 2) Sei postulabit quei petit, Praetor recuperatores . . . dato, iubetoque eum sei ita pariat condumnari populo facitoque ioudicetur, Civilklage irgend eines Bürgers vor Recuperatoren und dann in den Worten: sei condemnatus *rel.* Einweisung des Quästor urbanus in die Güter des Verurtheilten und bonorum venditio, also unser Fall. 3) Sei quis magistratus multam inrogare (= *dicere*) volet , . . . partus familias taxsat liceto. Vgl. jedoch Bruns cit. S. 364 folg.

44) Bruns cit. S. 366 macht darauf aufmerksam, daß die meisten bekannten Fälle Bestrafung von Beamten betreffen.

45) Ob mit manus iniectio pro iudicato oder pura, so lange diese im Gebrauch war, wissen wir nicht. Vgl. Bruns cit. S. 369. Die Geschwornen sind später, der Beschleunigung wegen, meist Recuperatoren.

46) Die Lex Iulia municipalis in ihrem die Municipien betreffenden Theil spricht, wie andre römische Gesetze, die Ordnungsstrafe dem römischen Volke zu, die Lex Salpensana und Malacitana dem betreffenden Municipium.

47) Die legis actio, wenn sie stattgefunden, wäre also ein Fall der legis actio pro populo gewesen. *Gai.* IV. §82. Die Formel lautete: SI PARET POPULO DARE OPORTERE — POPULO CONDEMNA. s. *lex tab. Bant.* in Note 43.

48) Z. B. nach der *Lex Mamilia c.* 5.

49) Näheres bei Bruns cit. S. 370.

durch dieselbe unerlaubte Handlung die öffentliche Ordnung und ein Einzelner verletzt ist. Aus diesem Grunde hat sie zunächst der Verletzte, aus jenem, in dessen Ermangelung, auch jeder andre Bürger. Die Klage wird aber stets im eignen Namen angestellt und die Strafe fällt dem Kläger zu. Die Verwandtschaft mit jenen gesetzlichen Ordnungsstrafen besteht also nur darin, daß hier wie dort die Bürger zu Wächtern der öffentlichen Ordnung bestellt sind, und daß hier immer, dort zuweilen die Wahrnehmung des allgemeinen Interesses durch einen Gewinn belohnt, endlich, daß über Fragen dieser Art im Wege des Civilprozesses entschieden wird [50]).

Aehnlich verhält es sich mit den popularen Interdicten [51]), bei welchen, wie bei den Interdicten überhaupt, in dieser Periode an die Stelle polizeilicher Machtgebote (imperium) der Civilprozeß mit Geschwornen (ordo iudiciorum privatorum) tritt. Eben deshalb bleibt diese Erweiterung des Rechtsweges besser der Betrachtung des Interdictsprozesses (§ 98) vorbehalten.

Ueberhaupt ist in dieser Periode im Vergleich mit der frühern ein feiner entwickeltes Gefühl für persönliches Recht und größere Achtung vor demselben von Seiten der Staatsgewalten und der Bürger unter einander zu bemerken, das sich selbst in der ersten Kaiserzeit, insofern es mit der absoluten Staatsgewalt nicht in Conflict kommt, noch erhält, allmälig jedoch vor der immer mehr anwachsenden Despotie zurückweicht [52]).

Eine Beschränkung des Rechtswegs war es, daß seit August

50) Am ähnlichsten ist die anomale Popularklage gegen den, der das Testament eines Ermordeten vor der Criminaluntersuchung eröffnet. Bruns cit. S. 377.

51) Ueber diese und andre Fälle, wonach im ältern oder spätern Recht ein Einzelner das allgemeine Interesse durch Klage wahrnimmt, s. Bruns cit. VII. und VIII. S. 388 folg.

52) Beispiele: an die Stelle der gewaltsamen in ius vocatio privata tritt das freiwillige Vadimonium und die litis denuntiatio, in der folgenden Periode die Realcitation durch den Magistrat; die Interdicte gehören ursprünglich dem imperium magistratus an, dann werden sie Geschwornen zur Entscheidung überwiesen, zu Ende dieser Periode wieder iure potestatis exsequirt u. s. w.

zwar noch über den status libertatis, ingenuitatis und familiae, wie sehr der Kaiser auch bedacht war, die alten Stände und Familien vor der Ueberschwemmung durch Freigelassene zu behüten, im Wege des Civilprozesses durch Geschworne entschieden werden sollte[53]), der status civitatis Freigeborner dagegen im Gegensatz der verbündeten Peregrinen und Latinen seine Feststellung im administrativen Wege beim Census fand[54]).

Das Privateigenthum stand nach wie vor dem Staate und den Communen gegenüber unter dem Schutz der Gerichte[55]). Aber Expropriationen der willkührlichsten Art, gegen die es keine Hülfe gab, hatte die Revolutionszeit mit sich geführt, und auch unter den Kaisern kommen sie, namentlich als Assignation an die Veteranen, nicht selten vor[56]). Entschädigung wurde vom Staate nur ausnahmsweise und unvollständig gewährt[57]), und wen ein solcher Unglücksfall traf, hatte natürlich auch von seinem Vorbesitzer keinen Ersatz zu erwarten[58]).

---

53) Vgl. unten § 97. Erschlichenen Urtheilen, wie das, welches Domitians Mutter aus einer Freigelassenen latinischen Standes zur Freigebornen und römischen Bürgerin machte (*Sueton. Vesp.* 3), trat derselbe Kaiser durch ein Edict (*Sueton. Domit.* 8.) und das SC. de collusione detegenda (*L. 1. D. de collus. deteg.* 40, 16.) entgegen.

54) Zu Cicero's Zeit entschieden darüber die Decemvirn. *pro Caec.* 33. Vgl. oben § 30 Note 52. Dabei entsteht die Frage, wer den Staat vertrat, wer z. B. in der Sache, die Cicero vor den Decemvirn führte, seinen Gegner C. Cotta beauftragt hatte? Später giebt es dafür kein Präjudicium, und so darf schon deshalb angenommen werden, daß August, der den Decemvirn überhaupt eine andre Bestimmung gab, dieß dem Census überwies. Eben darauf deutet *Sueton. Claud.* 16. Splendidum virum, Graeciaeque provinciae principem, verum Latini sermonis ignarum, — in peregrinitatem redegit.

55) Schriften der Feldmesser I. S. 46, 2 folg. 52, 15. 53, 3 folg. 56, 10. 21 folg. 58, 21. Usucapion stand weder dem Volk, noch dem Fiscus, noch einer Stadtgemeinde entgegen. *L. 9. L. 18. D. de usurp.* (41, 3). Schriften der Feldm. I. S. 50, 16. folg. *cf. Paul.* V. 2. § 4. *Cod. Iust.* 7, 38.

56) Vgl. Rudorff, Schriften der Feldmesser II. S. 384 folg.

57) Die Entschädigung Augusts aus fremdem Beutel rühmt über Gebühr das *Mon. Ancyr.* III. 21. Vgl. *L. 15. § 2. D. de rei vind.* (6, 13) und Rudorff a. a. O. Note 412.

58) *L. 11. pr. D. de evict.* (21, 2).

2. Gestaltung des Civilprozesses.

§ 82. Die Gestaltung des Civilprozesses im Allgemeinen ist jetzt durchaus bedingt durch die Theilung des Richtergeschäfts zwischen der Gerichtsobrigkeit (magistratus) und dem Geschwornen (iudex), sowie durch das Verbindungsglied zwischen Beiden, die Formula, welche zugleich der concrete Ausdruck des unter den Partheien streitigen Rechtsverhältnisses ist; so daß also in diesem kleinen Schriftstück von wenigen Zeilen die eigenthümliche Gerichtsverfassung, der Civilprozeß und das Civilrecht als in Einem Centralpunkt zusammenlaufen.

Merkwürdiger Weise findet sich in unsern Rechtsquellen kein zusammenfassender Name für diese wichtige Einrichtung. Die Neueren haben dafür den Ausdruck ordo iudiciorum privatorum gewählt, der, weil in seinen Elementen und in deren Zusammensetzung sprachlich und juristisch richtig gebildet, nicht ohne Noth zu verlassen ist [1]). Dem Sprachgebrauch der juristischen Classiker ist er analog [2]). Denn ordo iurisdictionis bezeichnet zunächst den Rechtsweg überhaupt [3]) im Gegensatz des extra ordinem, des thatsächlichen Vorgehens der Ma-

1) Wann er zuerst hierfür gebraucht worden, vermag ich augenblicklich nicht nachzuweisen; ohne Zweifel in der ersten Zeit der wiederbelebten classischen Litteratur, wo die neugewonnene Einsicht in die Sache mit richtigem Sprachgefühl Hand in Hand ging. In unsern Tagen hat Savigny ihn besonders sollennisirt. Keller, Civilprozeß § 1 S. 3 bezeichnet ihn durch „sogenannt". Neuerdings wird ihm diese Bedeutung bestritten von Hartmann, Contumacialverfahren S. 219 und Rudorff, Rechtsg. I. § 5. II. § 1. Anmerkung.

2) Für ordo in andern juristischen Anwendungen s. ordo bonorum possessionis. *L. 1. pr. D. si tab. test.* (38, 6). *Ulp.* — eum ordinem secutus, quem et lex XII tab. secuta est: fuit enim ordinarium *rel. Rubr. Dig.* 38, 15. quis ordo in (*bonorum*) possessionibus servetur; ferner ordo edictorum *L. 72. L. 75. pr. D. de iud.* (5, 1). u. A. m.

3) *L. 2. D. de extr. cogn.* (50, 13). *Ulp.* — iurisdictionis ordo wird hier selbst vorzugsweise von der extraordinaria cognitio gesagt. Die Glossatoren, die bei dem Mangel archäologischer Kenntnisse die eine und andre Form nicht zu unterscheiden wußten, nennen den Prozeß überhaupt ganz richtig ordo iudiciorum oder iudiciarius.

4) *L. 23. § 3. D. quod met. causa* (4, 2). *Ulp.* — simplici

gistrate iure potestatis suae[4]). Sodann bestimmter, mit Rücksicht auf den historischen Unterschied des Rechts der Republik, des ius civile und praetorium, als des ius ordinarium, und des neuen kaiserlichen Rechts, des ius extraordinarium[5]), ist die gesammte Jurisdiction des Kaisers und seiner Delegirten extra ordinem[6]), sie mögen selbst untersuchen und erkennen (cognitio) oder an die republikanische Sitte sich anschließend einen Geschwornen bestellen (iudicis datio)[7]). In demselben Sinne wird das Criminalverfahren der leges iudiciorum publicorum mit Geschwornen als ordo exercendorum publicorum capitalium, das neuere des kaiserlichen Rechts, wo der Magistrat selbst untersucht und erkennt, als ein Verfahren extra ordinem bezeichnet[8]). Endlich hat auch der Civilprozeß seinen altherkömmlichen ordo[9]), sein ius ordinarium[10]), dessen Charakteristicum eben die Theilung des Rechts-

iussione et non cognitione habita: quamvis non extra ordinem exactionem fieri, sed civiliter oportuit. *L. 155. § 1. D. de reg. iur.* (50,17). Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur.

5) Es ist Rudorff's cit. Verdienst, zuerst diesen Gegensatz bemerkt zu haben. *L. 10. D. de verb. sign.* (50, 16). *L. 7. D. de leg. Cor. de fals.* (48, 18). *L. 2. pr. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). Sonst bezeichnet extra ordinem und ius extraordinarium auch das beneficium legis im Unterschied vom ius commune. *L. 16. D. de min.* (4, 4). *L. 5. C. I. de priv. fisc.* (7, 73); ferner das erweiterte Recht der actio utilis oder in factum im Gegensatz des strengern der actio directa. *L. 14. C. I. de fidei.* (5,41). *L. 17. D. de reb. cred.* (12, 1). *L. 43. D. de rei vind.* (6,1); endlich die außerordentliche Hülfe des Kaisers im einzelnen Fall, die an keine Regel gebunden ist. *L. 4. C. I. de aed. priv.* (8, 10). *L. 1. C. I. vectig. nova* (4, 62). *L. 2. C. I. de inst. et subst.* (6, 25).

6) S. oben § 71 Note 91.

7) *Gell.* XII. 13, 1. a consulibus extra ordinem iudex datus. Vgl. § 63 Note 8—13. *L. 3. D. de off. Praef. urbi* (1, 12).

8) S. § 81 Note 18.

9) Z. B. ordo et exitus interdictorum. *Gai.* IV. § 161. *cf.* § 141. ad iudicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis *rel.*

10) *L. 178. § 2. D. de verb. sign.* (50, 16). *Ulp.* persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem. Im Gegensatz der Execution und der dabei vorkommenden Cognitionen *L. 1. § 2. D. si ventris nom.* (25,5). *L. 15. § 4. D. de re iud.* (42,1). *Paul.* III. 5. § 18.

geschäfts zwischen Magistratus und Judex und die Formula ist [11]), womit dann freilich noch Andres, z. B. die Beobachtung der Schwurgerichtszeit zusammenhing [12]). Dagegen sind die Ausnahmefälle, wo nach neuerem Kaiserrecht der Magistrat ohne Judex und Formula (iudicium, actio) selbst cognoscirt, extra ordinem [13]); die Klage heißt deshalb nicht actio, sondern persecutio [14]), das Verfahren cognitio extraordinaria [15]). Desgleichen wird dem ius ordinarium der Privatpönalklage die durch das neuere Recht eingeführte öffentliche Bestrafung extra ordinem entgegengesetzt [16]). Hiernach dürfte es wohl gerechtfertigt sein, wenn wir uns für das ordentliche Verfahren in Civilsachen mit Formula und Judex des Ausdrucks ordo iudiciorum privatorum ferner bedienen. Entschieden unrömisch und sachlich verwirrend ist es dagegen, wenn Neuere die Fälle, wo der Magistrat schon nach republikanischem Recht vermöge seines Imperiums, mit oder ohne Cognitio, einschritt, als extra ordinem bezeichnen [17]); denn auch diese, z. B. die Exe-

11) *pr. Inst. de publ. iud.* (4, 18). (*privata*) iudicia per actiones (= *formulas*) ordinantur.

12) Vgl. oben § 80 Note 26. 42. 45. 53. Hierauf wollen Rudorff und Hartmann cit. den ordo beschränken, nach dem Zeugniß des *Theophil. Paraphr. pr. I. de subl.* (3, 12). Allein so schätzbar dieser ist, wo er aus uns verlorenen, ihm vorliegenden Quellen schöpft, so wenig bedeuten seine Urtheile und Schlußfolgerungen für das alte Recht. Daß die iudicia ordinaria in den Provinzen nur während des Conventes stattfinden konnten, hatte er bei einem alten Juristen gelesen. Für ihre Begriffsbestimmung aber war dieses kein constitutives Merkmal; eben so wenig zutreffend ist, was er für das Abkommen der bonorum venditio daraus folgert.

13) *L. 56. § 3. D. mandati* (17, 1). *Papin.* — neque extra ordinem, neque iudicio mandati. *L. 12. pr. D. de rel.* (11, 7). *Ulp.* actio civilis und extra ordinem.

14) S. oben Note 10 vgl. mit *L. 178. § 3. L. 49. L. 34. D. de verb. sign.* (50, 16). Die Ausdrücke iudicium extraordinarium in diesem Sinne (vgl. *L. 17. D. de reb. cred.* [12, 1] in Note 5) und actio extraordinaria wären im Munde eines juristischen Classikers eine contradictio in adiecto, kommen daher nur bei Justinian vor. *pr. I. de succ. subl.* (3, 12). *§ 8. I. de interdictis* (4, 15). *L. 47. § 1. D. de neg. gestis* (3, 5). *Dig.* 43, 1. *rubr. L. 3. C. I. de interdictis* (8, 1). *Diocl.* Ob interpolirt?

15) *Dig.* 50, 13. *de extraordinariis cognitionibus.*

16) S. § 81 Note 21. 22. Ferner *Paul.* V. 3. § 1. 4. §§ 4. *sqq.*

17) Puchta, Instit. II. S. 9. 13 erklärt am Bestimmtesten die

cution, hatten ihren ordo, den das ius extraordinarium der Kaiserzeit durch neue Verfahrungsarten beschränkte[18]). Auch wird meist übersehen, daß es im alten ius ordinarium noch andre Fälle gab, wo der Prätor selbst cognoscirte, und die deshalb nicht zu den extraordinariae cognitiones gerechnet werden[19]).

Das „kleine Schriftstück", wie wir so eben die Formula nannten, war ziemlich das einzige in dem ganzen Prozeß. Denn die Partheien oder ihre Vertreter mußten noch immer vor dem Magistrat und vor den Geschwornen persönlich erscheinen[20]), der Richter empfing den Eindruck ihres lebendigen Worts und erwiderte es in gleicher Weise; ein Beweis für Beides, daß die Römer wie in der gesammten Verwaltung, so auch im Prozeß den Werth des in der Schrift fixirten Gedankens wohl kannten, ohne ein ihn umhüllendes, ertödtendes Schreibwerk zuzulassen[21]). Allein in der Kaiserzeit erscheinen die ersten Anfänge auch dieses die büreaukratische Geschäftsbesorgung begleitenden

Handlungen des Imperium, als Auferlegung prätorischer Cautionen, missio in possessionem, in integrum restitutio, für extra ordinem. Keller, Civilprozeß § 1. S. 4 folg. läßt diesen Ausdruck wenigstens in einem weitern Sinne zu. Rudorff cit. verwirft ihn mit Recht.

18) *L. 50. D. de evict.* (21, 2). *L. 1. § 1. D. de insp. ventre* (25, 4). *L. 1. § 2. D. si ventris nom.* (25, 5). *L. 3. pr. § 1. D. ne vis fiat* (43, 4).

19) Z. B. die accusatio suspecti tutoris und die Cognitionen der Administrativjustiz. Vgl. oben § 70 Note 14. 19.

20) Daher der technische Ausdruck in ius oder Praetorem adire und ad quem in iure aditum erit. *Lex agr.* 17. 24. 30. *Corp. Inscr. lat.* I. *p.* 80. *Lex Iul. mun. vers.* 44. *Lex Rubria c.* 20. *vers.* 17. *Lex Iul. iud.* in *L. 6. D. de feriis* (2, 12). *Lex mun. Mal. c.* 65. *SC. Velleianum* in *L. 2. § 1. D. ad SC. Vell.* (46, 1). *Gai.* I. § 29. *Fr. Vat.* § 165. und potestas adeundi *L. 4. § 3. D. ne vis fiat* (43, 4). Praetoris copiam habere § 80 Note 43 u. A.

21) Heutzutage besteht diese weise Einschränkung des Schreibwerks nur etwa in England und — in der Türkei. Ich erinnere mich, daß der Großvezier Reschid Pascha (1850) ein kleines Stück Papier, das ihm der kluge Fuad, damals noch Effendi, nebst dem Tintenfaß überreichte, und das gewiß eine wichtige Reichsangelegenheit betraf, auf seinem Divan sitzend unterschrieb, während er sich mit uns unterhielt und ein taubstummer Diener an der Thür Wache hielt.

Uebels, das in der folgenden Periode in erschreckendem Maaße überhand nahm.

Durch schriftliche Vorträge (libelli) wandte man sich an den Kaiser, also auch um eine Klage bei ihm anzubringen[22]). Eben solche waren auch die libelli refutatorii, durch welche die Partheien den Bericht (relatio) der Beamten an den Kaiser begleiteten[23]). Bei den Magistraten waren Libelli weder im ordentlichen Civilprozeß[24]), noch bei extraordinariae cognitiones gebräuchlich. Nur solche Gesuche, auf die ohne causae cognitio durch simple subscriptio verfügt werden konnte, wurden in einem Libellus angebracht[25]); jede förmliche Verhandlung wurde mündlich zu Protokoll (apud acta) eröffnet und fortgeführt[26]). Die Criminalanklage geschah nach Vorschrift der lex Iulia iudiciorum publicorum durch libelli accusatorii oder inscriptionis mit genau bestimmter Form, die, wie die Formula, die Grundlage des ganzen Prozesses bildeten[27]). Die Appellation konnte mündlich zu Protokoll oder schriftlich durch libelli appellatorii eingewendet werden[28]); ebenso die an ihre Stelle getretene Excusation des Vormundes[29]).

Schriftliche Verfügungen und Erlasse des Magistrats[30]) sind die subscriptiones, ferner Sendschreiben (epistolae, lit-

22) *Brisson. de verb. sign.* v. *libellus N.* 1. *Idem de formulis* III. 21.

23) *Plin. Ep.* X. 56. 57. 67. 68.

24) Der Kläger konnte zwar die actionis editio durch einen dem Beklagten übergebenen Libell vollziehen, aber ebensowohl mündlich, oder durch Hinweisung auf das Album des Prätors. S. unten § 86.

25) *L. 9. § 1. D. de off. Procons.* (1,12) = *L. 71. D. de reg. iur.* (50,17). *L. 6. C. I. de praed. min.* (5, 71). *L. 2. C. I. quemadm. test.* (6,32). Vgl. § 79 Note 39.

26) Daher der Gegensatz libello und apud acta causis probatis. *L. 6. C. I. cit.*

27) *L. 3. D. de accus.* (48,2).

28) *L. 1. § 4. L. 2. L. 5. § 4. D. de appell.* (49, 1). Ob nach Vorschrift der lex privatorum?

29) *L. 13. § 10. D. de excus.* (27, 1). *Fr. Vat.* §§ 162. 166. Libelli quaterni, wie unsere Exhibita in duplo.

30) S. oben § 76 Note 23. *Cod.* 7, 57. *Comminationes, epistolas, programmata, subscriptiones auctoritatem rei iudicatae non habere.*

terae), Edicte und öffentliche Anschläge (programmata), endlich die Berichte an den Kaiser (relationes), die mehr oder weniger auch in Civilsachen vorkommen konnten. Rechtssprüche, sowohl Interlocute als Endurtheile, gab der Magistrat mündlich zu Protokoll, wenn er sie auch zuvor schriftlich concipirt hatte[31]).

Die protokollarische Aufzeichnung der mündlichen Verhandlungen war der Zeit des Cicero noch fremd; doch hatten die Magistrate Gerichtsbücher (tabulae, codices), in welche einzelne Vorkommnisse zur Erinnerung eingetragen wurden[32]). In der Zeit der classischen Juristen finden wir die Protokolle allgemein, in dem Gerichte des Kaisers[33]), der Reichs-[34]) und der Municipalbeamten[35]), unter dem Namen der acta und in der Form einer kurzen Verzeichnung der zwischen den Partheien und dem Richter gewechselten Reden. Bei den Geschwornen kamen sie ohne Zweifel auch jetzt nicht vor[36]); aber schriftliche

31) *L. 4. C. I. commin.* (7, 57). *L. 46. D. de re iud.* (42, 1). — *Sententia L. Novii Rufi Legati Augusti propraetore* a. 193 p. Chr. Mommsen, Stadtrechte S. 488. — III. Idus Februarias sententiam, quam tulit L. Novius Rufus Leg. Aug. pr. pr. v. c. — descriptam et propositam pridie Non. Novembr. in verba infra scripta: Rufus leg. cum consilio collocutus decretum ex tilia recitavit *rel. L. 1. C. I. de sententiis ex periculo recitandis* (7, 44). *Valer.* et *Gallien.* Arbitri nulla sententia est, quam scriptam edidit litigatoribus, si non ipse recitavit. Das Concept (periculum oder breviculum) kommt schon bei Cicero vor, s. oben § 77 Note 39, wird aber erst in der folgenden Periode als nothwendig vorgeschrieben.

32) Nach *Cic. Verr.* II. 41—43. wurden die Namen der criminell Angeklagten in ein Gerichtsbuch (tabulae, codex, litterae Praetoris) eingetragen und *Verr.* I. 46. sagt er: L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste (*sc. Verres*) aliter, atque ut edixerat, decrevisset.

33) Stücke solcher Protokolle enthalten *L. 3. D. de his quae in test. del.* (28, 4). *L. 13. D. quod met. causa* (4, 2) u. A. *Brisson. de form.* V. 113.

34) Erwähnt werden diese sehr häufig. *Brisson. de verb. sign.* v. *Acta.* Beispiele in *L. 21. D. de auct. tut.* (26, 8). Die Inschrift Note 31, die s. g. lis fullonum Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. XV. S. 254 folg. u. A.

35) Ein Beispiel in *Fr. Vat.* § 112.

36) *L. 45. pr. L. 46. D. de re iud.* (42, 1), woraus Asverus, die Denunciation S. 38, 9, das Gegentheil folgert, gehen auf den Magistrat; denn weder das circumduci, noch das emendare fand bei Geschwornen statt.

Notizen zum Behuf der Zusammenfassung des ganzen Plaidoyer konnten sie nicht wohl entbehren [37]).

Die Gerichtssprache [38]) war in der Zeit der Legis Actiones ausschließend die lateinische gewesen, weil die strengen Formeln derselben so wenig eine Uebertragung in fremde Mundart vertrugen, als die der außergerichtlichen Rechtsgeschäfte [39]). Auch wären Fremde ohnedieß von Beiden ausgeschlossen [40]). Der erweiterte Verkehr, ja die Aufnahme fremder Völker in die römische Reichs- und Rechtsgemeinschaft mußte dieß, zum Theil wenigstens, ändern. Einige jener förmlichen Rechtsgeschäfte wurden in das ius gentium übernommen und eben deshalb in fremde Sprachen, insbesondere die griechische, die Verkehrssprache des Orients, übertragbar [41]); bei andern hielt man die alte Strenge fest [42]). Ebenso blieb es Grundsatz, daß die römischen Obrigkeiten auch in den Provinzen förmliche Decrete, also namentlich Urtheile, nur lateinisch erließen [43]), während sie in den weniger förmlichen Theilen der Verhandlung [44]), und wo es auf möglichste Publicität ankam [45]), sich auch wohl der Lan-

37) S. oben § 77 Note 114.

38) Dirksen, Ueber den öffentlichen Gebrauch fremder Sprachen bei den Römern, Civil. Abhandl. Nr. I.

39) Z. B. mancipatio und stipulatio s. Note 42.

40) Für die legis actio s. oben § 21 Note 22.

41) Stipulatio mit Ausnahme Einer Form. *Gai.* III. § 93. *L. 1. § 6. D. de verb. obl.* (45, 1) und acceptilatio *L. 8. § 4. D. de acceptilat.* (46, 4).

42) Beim Testament *Gai.* II. § 281. *Ulp.* XXV. 9. und jeder Mancipation, ferner bei der ältesten Form der Stipulation dare spondes? spondeo. *Gai.* III. § 93.

43) *L. 48. D. de re iud.* (42, 1). *Tryph.* Decreta a Praetoribus latine interponi debent. Charakteristisch für die zum Grund liegende Ansicht ist, daß es dem Cicero zum Vorwurf gemacht wurde, in dem Senat von Syracus griechisch gesprochen zu haben. *Cic. Verr.* IV. 66. Den Provinzialstatthaltern gestatteten erst die Kaiser Arcadius und Honorius (a. 397) ihre Urtheile in griechischer Sprache zu erlassen. *L. 12. C. I. de sent. et interl.* (7, 45).

44) Ein griechisches Interlocut erwähnt *L. 17. C. I. ex quib. caus. infam.* (2, 12). *Gordian.*

45) Das griechische Edict des Tiberius Alexander bei Rudorff, Rhein. Mus. für Phil. III. 1828. S. 141 folg. und Andre bei *Haubold Mon. leg. Nr.* 44. 45., der Ausruf über den gezüchtigten Verbrecher *L. 16. C. I. ex quib. caus. infam.* (2, 12). *L. 13. § 6. D. de iureiur.* (12, 2) und die Inschrift auf dem Kreuze Christi. *Ev. Ioh.* XIX. 20.

desſprache bedienten. Nach dieser Analogie wurde auch die Formula nur lateinisch erlassen[46]). Den Partheien wurde gestattet ihre Erklärungen, außergerichtlich[47]) und vor Gericht[48]), in ihrem eigenthümlichen Idiom abzugeben.

A. Einleitung des Rechtsstreits (in ius vocatio und vadimonium)*).

§ 83. Die Einleitung des Rechtsstreits, insbesondere das gleichzeitige Erscheinen der Partheien vor dem Prätor zum Behuf der Eröffnung desselben, wird auch jetzt noch als eine reine Privatsache behandelt, wofür die Obrigkeit in der Regel nicht thätig wird. Nicht der Prätor also ist es im ordentlichen Civilprozeß[1]), der auf Antrag des Klägers den Beklagten durch seinen Büttel (lictor) oder Boten (viator) vor sich ladet[2]),

46) *Cic. divin.* 17. *Verr.* III. 22. 28. 65.

47) Die Bestellung des Cognitors *Fr. Vat.* § 319. *cf.* § 318.

48) *L. 2. C. I. de excus. mun.* (10, 47). *Diocletian. Cuiac. ad h. l. L. 1. C. Th. de iis quae adm.* (8, 15). *Constantin.*

*) Vgl. hierfür und die folgenden §§ Rudorff, die Prozeßeröffnung nach dem Edict, Zeitschr. für Rechtsg. IV. S. 1—122.

1) Anders zur Einleitung der cognitiones, wo um des höheren öffentlichen Interesses willen der Magistrat selbst untersucht und eben deshalb von vornherein durch Vorladung des Beklagten thätig wird. Auch der Fall in *L. 1. § 3. D. de insp. ventr.* (25, 4) gehört dahin. Vgl. unten § 122.

2) Der einzige mir bekannte Fall ist *L. 18. § 1. D. quod vi* (43, 24). *Celsus.* Si magistratum rogasses, ut adversarium tuum adesse ad iudicium iuberet, ne opus novum tibi nuntiaret *rel.* wo dieß geschah, weil der Kläger durch die in ius vocatio privata die operis novi nuntiatio nicht verhindert haben würde. Hartmann, Contumacialverf. S. 159, der die allgemeine Concurrenz der richterlichen Ladung mit der in ius vocatio privata behauptet, beruft sich auf *Cic. Div. in Caecil.* 17., wo kein Kläger war, vielmehr der Quästor Cäcilius im Interesse der Venus Erycina ex officio einschritt; und *Verr.* II. 22. Verres — ait, se velle de illis HS. LXXX cognoscere. — Volcatium vocat; wo von einer Cognitio wegen Bestechung die Rede ist. *cf. c.* 24. furtum reddere. Die zahlreichen Pandektenstellen bezeichnen entweder den Fall nicht näher, wie auch *Gell.* XI. 1. XIII. 13., oder gehen ausdrücklich auf res cognitionis. Hartmann's An-

obgleich das Recht dazu ihm unzweifelhaft zusteht und durch die gewöhnlichen Zwangsmittel, Multa u. s. w. geschützt wird[3]), sondern der Kläger selbst übt sein durch die Zwölf Tafeln ihm verbürgtes Recht der in Jus Vocatio, nöthigen Falls mit Gewalt, das so wenig abgeschafft ist, daß die classischen Juristen bis in die späteste Zeit sich mit dessen Erörterung ausführlich beschäftigen[4]).

Auch der Prätor in seinem Edict hatte dieses gesetzliche Recht nicht etwa indirect beseitigt, vielmehr zu dessen Schutz (conservandi iuris civilis gratia) neue Rechtsmittel aufgestellt[5]). Dahin gehört 1) die Pönalklage gegen den Beklagten, der weder der Aufforderung des Klägers Folge leistet, noch einen Vindex stellt[6]), wodurch allerdings die der feineren Sitte dieser Zeit nicht mehr zusagende Gewalt[7]), wenn der Kläger wollte, vermieden wurde; 2) die ähnliche Klage gegen jeden Dritten, der den Beklagten mit Gewalt der in Jus Vocatio entzieht[8]).

sicht tritt nun auch Wieding, Libellprozeß § 4 bei, aber ohne dessen Beweise zu prüfen, oder neue beizubringen.

3) *Gell.* XIII. 12. 13. *Tac. Ann.* XIII. 28. *L. 2. § 1. D. si quis in ius voc.* (2, 5). *Paul.* Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a competenti iudice multa pro iurisdictione damnabitur. Vgl Rudorff cit. S. 20.

4) *Gai.* IV. §§ 46. 183. *Dig.* 2, 4. de in ius vocando. Vgl. oben § 32.

5) *Edict. tit. de in ius vocando. Gai. cit.* § 46. *Dig.* 24. *Cod. Iust.* 2, 2.

6) *Edict.*: Si quis in ius vocatus non ierit. *Dig.* 2,5. *Gai.* IV. § 46. adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit, neque vindicem dederit. *L. 22. § 1. D. de in ius voc.* (2, 2). *Gai. ad leg. XII tab.* — si quis eius personam defendet. Auch der Titel des Edicts, der in *Dig.* 2, 6. so lautet: In ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent, bezieht sich hierauf, nur daß hier im Sinne des justinianischen Rechts dem vindex die satisdatio und der fideiussor locuples substituirt ist. Ebenso hieß es in dem Edict *L. 2. § 2. D. qui satisdare* (2, 8) ursprünglich qualiscunque vindex statt fideiussor iud. sistendi causa. Was konnte es auch bedeuten, wenn der Prätor statt des Vindex einen Fidejussor verlangt hätte? Ueberdieß hätte er durch diese Bestimmung sich mit der andern von *Gai.* IV. § 46. bemerkten in Widerspruch gesetzt. Vgl. Rudorff cit. S. 62.

7) Ovids: et cum cive pudet conseruisse manus, galt jetzt im vollen Sinne des Worts.

8) *Edict.*: ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. *Dig.* 2, 7. *Gai. cit.* contra eum, qui vi exemerit eum qui in ius vocatur.

Endlich 3) gegen den, der Eltern oder den Patron ohne Erlaubniß des Prätors in Jus vocirt[9]).

Auch das **Vadimonium**, durch welches der Beklagte, weil die Instruction im ersten Termin nicht beendigt worden, sein Erscheinen in einem zweiten verbürgt, wodurch also eine zweite in Jus Vocatio entbehrlich gemacht wurde, hatte der Prätor aus dem Civilrecht in sein Edict übernommen[10]), und sowohl rücksichtlich der Cautionsmittel[11]), als der Cautionssumme[12]) näher bestimmt. Daß Personen, die nicht ohne Erlaubniß des Prätors in Jus vocirt werden dürfen, auch nicht zur Bestellung eines solchen Vadimoniums genöthigt werden konnten, verstand sich von selbst[13]).

Sehr nahe lag es nun, schon den ersten Termin vor dem Prätor anstatt der in ius vocatio durch ein solches **freiwilliges Vadimonium** zu bestimmen, welches sehr bald allgemeine Sitte ward[14]). Denn diese neue Einleitungsform des

9) *Edict.* in *L. 4. § 1. D. de in ius voc.* (2, 4). *L. 11. L. 24. eod. Gai. cit.* formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum Praetoris in ius vocat. *cf. L. 25. § 1. D. de obl. et act.* (44, 7). Bemerkenswerth ist das Präsens, welches andeutet, daß der in ius vocirte Patron die Bestrafung des Libertus sofort beantragt; daher auch Recuperatoren. Vgl. *Gai. cit.* Note 11 protinus.

10) *Gai.* IV. §§ 184. *sq. Val. Prob.* in der Einsiedler Glosse: V. F. I. = vadimonium fieri iubere oder als Edictsworte: iubebo. *L. 15. D. ratam rem hab.* (46, 8). *Paul.* Si in ius vocaverit et satis iudicio sistendi causa acceperit, iudicium tamen coeptum non fuerit.

11) *Gai.* IV. § 185. Fiunt autem vadimonia quibusdam ex causis pura, id est, sine satisdatione; quibusdam cum satisdatione; quibusdam iureiurando; quibusdam recuperatoribus suppositis, id est ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur: eaque singula diligenter Praetoris edicto significantur. Vgl. Keller, Civilpr. Note 542. Rudorff, Rechtsg. II. § 64 Note 9—13.

12) *Gai.* IV. § 186. Bei Judicatum und Depensum dem Klagobject gleich; in andern Fällen bestimmt es der Kläger, jedoch mit Eid vor Gefährde und höchstens auf die Hälfte des Klagobjects; überhaupt nicht höher als 100,000 Sesterzen. Bei der actio iniuriarum schätzt regelmäßig der Kläger die Injurie, die iniuria atrox aber der Prätor, und Beide damit zugleich das Vadimonium. *Coll.* II. 6. *Gai.* III. § 224.

13) *Gai.* IV. § 187.

14) Da Form und Inhalt dieses Vadimoniums von der Uebereinkunft abhing, so konnte durch einfache Stipulation oder durch Sa-

Prozesses bot mehr als Einen Vortheil: einmal daß beide Theile, auch der Beklagte, gehörig vorbereitet vor dem Prätor erschienen, also regelmäßig im ersten Termin die Instruction beendigt werden konnte; und sodann entsprach sie mehr als jenes überraschende, unhöfliche Antreten auf offener Straße dem Anstandsgefühl der gebildeten Classen [15]). Bei Cicero erscheint sie daher durchaus als das gewöhnliche Verfahren [16]), „von der in Jus Vocatio dagegen findet sich bei ihm nicht Ein Beispiel [17]), wenngleich diese gegen Leute wie der Schwätzer des Horaz [18]) oder noch ärgere [19]) auch jetzt gute Dienste that" und

tisdatio, entweder nur das Erscheinen, eventuell das Interesse, oder eine bestimmte poena promittirt werden. *L. 3. D. si quis in ius voc.* (2, 5). Eine Bestätigung oder Normirung durch das Edict des Prätors bedurfte dieß nicht. — Für beide Arten des Vadimoniums ist in den Pandektenstellen das Wort ausgemerzt und satisdatio iudicio sisti interpolirt. Keller, Civilprozeß Note 553.

15) Darüber läßt sich freilich nicht streiten; daß aber die Römer so fühlten, beweist m. E. die Ausschließung der in ius vocatio gegen Respectspersonen schon im ältern Recht. Vgl. Hartmann, Cont. S. 226 folg.

16) Schon früher nach *Liv.* 23, 32. Bei *Cic. pro Quinctio* 5. 6. 19. 21. 58. *pro Tullio* 20. *Verr.* V. 13. vadimonii causa Romam venire für „eines Rechtshandels wegen".

17) Diese etwas kecke Behauptung meines Handbuchs § 21 S. 247 halte ich aufrecht, bis ein noch fleißigerer Leser des Cicero als die älteren und die neueren Schriftsteller über den Gegenstand ein solches Beispiel nachweisen wird. Hartmann, Cont. S. 228 folg. ist dieß nicht gelungen; denn *Cic. pro Quintio c.* 19. Debere tibi dicis Quintium: procurator negat. vadari vis: promittit. in ius vocas: sequitur. iudicium postulas: non recusat. quid aliud sit absentem defendi, ego non intellego, redet überhaupt nicht von der erzwingbaren in ius vocatio, die gegen den procurator absentis nicht denkbar ist; wegen *Verr.* II. 76. IV. 66. s. Note 19, und *pro Cluentio* 21., wo der Angeklagte Fabricius, der in Voraussicht seiner Verurtheilung sich weggeschlichen und die rührende Phrase seines Vertheidigers: respicite C. Fabricii senectutem, zum Gespött der Geschwornen gemacht hatte, von diesem collo obtorto zu den Subsellien zurückgebracht wird, kann nicht einmal als „scherzhafte" Erwähnung der in ius vocatio gelten. Eine ernsthafte Erwähnung des noch geltenden Rechts der in ius vocatio aber s. beim *Auct. ad Herennium* II. 13. Lege ius est —: ut in ius eas, cum voceris.

18) *Horat. Serm.* I. 9, 76. Gegen diesen wurde in Folge des Vadimoniums Gewalt gebraucht; denn wer dieses nicht innehielt, hatte sie wieder zu fürchten.

19) Solche waren unzweifelhaft 1) bei *Cic. Verr.* II. 76. der magister societatis publicanorum Carpinatius, den Cicero wegen Fälschung der tabulae societatis,

in diesem Sinne bis ans Ende dieser Periode in Gebrauch blieb [20]).

Diese Einleitungsformen genügten für die Bürger der Stadt Rom, die man auf dem Markt oder sonst öffentlich anzutreffen hoffen durfte. Wie aber jetzt nach Ausdehnung der römischen Herrschaft über ganz Italien und ferne Provinzen?

Auch der Italiker und selbst der Provinziale konnte, wenn er in der Hauptstadt betroffen wurde, vor den Prätor, vermöge seines Imperiums über alle Reichsbürger und Unterthanen [21]), in Jus vocirt werden. Machte er dann sein Heimathrecht (ius revocandi domum) geltend, so wurde er vom Prätor nur genöthigt, dorthin ein Vadimonium zu bestellen [22]). In seiner Heimath wurde der Italiker vor den Municipalmagistrat in Jus vocirt und, wenn die Sache dessen Competenz überstieg, zum Vadimonium nach Rom genöthigt [23]). Auch durch freiwillige Vadimonia wurde die Sache häufig aus fernen Gegenden Italiens nach Rom überwiesen [24]).

In den Provinzen lag die Schwierigkeit darin, daß der Statt-

nachdem er außergerichtlich jede Auskunft verweigert hatte (haerere homo, aversari, rubere), in ius vor den Prätor Siciliae Metellus ruft, und 2) der *Verr.* IV. 66. erwähnte Theomnastus: homo ridicule insanus, quem Syracusani Theoractum vocant: qui illic eiusmodi est, ut eum pueri sectentur, ein Helfershelfer des Verres, den Cicero vor Gericht zieht, weil er die tabulae SC. Syracusanorum unterschlagen hatte. Ueberdieß also in beiden Fällen nicht in einer Civilsache, sondern um die Edition öffentlicher Documente für die Anklage gegen Verres zu erzwingen.

20) Beweis Note 4. Denn mit ganz unpraktischen Dingen beschäftigten sich die juristischen Classiker allerdings nicht. Daß die in ius vocatio in Fiscalsachen selbst gegen den Procurator Caesaris gebraucht werden konnte, führt *Plin. Panegyr.* 36. (§ 81 Note 30) als Zeichen der Gerechtigkeitsliebe Trajans an. Wie hätte man auch Recht gegen den Fiscus erlangen können, wenn sie nicht möglich war?

21) S. oben § 73 Note 33 folg.

22) *L. 2. § 6. D. de iud.* (5, 1).

23) *Lex Rubr. c.* 21. *fin.*

24) So die Sache des Tullius, nachdem er mit seinem Gegner auf dem streitigen Grundstück bei Thurii die deductio moribus vollzogen. *Cic. pro Tullio* 20. — Auf beides auferlegte und freiwillige Vadimonien geht *Cic. Verr.* V. 13. — ut nemo tam rusticanus homo L. Lucullo et M. Cotta Coss. Romam ex ullo municipio vadimonii causa venerit *rel.*

halter in den verschiedenen Gerichtsbezirken (iurisdictiones, iuridici conventus) nur zur bestimmten Gerichtszeit (tempore conventus) anzutreffen war, der Kläger aber den Beklagten, abgesehen von einem freiwillig bestellten Vadimonium, unmöglich aus seinem vielleicht entfernten Wohnort dorthin schleppen konnte [25]). Auch eine Gerichtsobrigkeit, die ihn zum Vadimonium auf den Convent genöthigt hätte, fand sich nicht überall [26]). Die unentbehrliche Aushülfe scheint hier eine mündliche oder schriftliche Privatanzeige des Klägers an den Beklagten (litem denuntiare, dicam scribere), worin er ihm seinen Anspruch bekannt macht und ihn auffordert auf dem Convent zu erscheinen, gebildet zu haben, in deren Folge, wenn er nicht erschien, dennoch gegen ihn verfahren wurde [27]). Endlich bediente sich auch der Statthalter gegen Provinzialen unbedenklich seiner Macht, Jeden vor sein Tribunal rufen und nöthigen Falls mit Gewalt holen zu lassen (evocatio) [28]).

Eine neue Einleitungsform des ordentlichen Civilprozesses ward durch M. Aurel den alten an die Seite gesetzt, wie berichtet wird, um das Recht zu vereinfachen und Zweifel, die sich daran knüpften, zu beseitigen [29]). Es ist dieß die litis de-

25) Uebrigens setzt *L. 5. § 1. D. qui satisdare* (2, 8). *Gai. ad ed. provinciale* die Möglichkeit der in ius vocatio und ihrer Ablehnung durch einen Vindex in den Provinzen voraus.

26) *Cic. Verr.* III. 15. iura Siculorum, quae habent a senatu populoque Romano: „ne extra suum forum vadimonium promittere cogatur". *cf.* II. 15. civitates, quae in id forum convenirent. Die Sicilischen Städte hatten solche Obrigkeiten.

27) Rudorff zu Puchta's Instit. § 184 Note c. Rechtsg. II. § 64 Note 2, besonders nach *Donat. ad Terent. Phormio* I. 2. 77. „et scribam tibi dicam" a denuntiatione in personam, ne diceret „non mihi denuntiasti". *Cic. Verr.* II, 15. Die Lex Rupilia bestimmte für Sicilien, daß die Klagschrift (dica) dreißig Tage vor dem Convent, auf dem die Geschwornen für die einzelnen Sachen durchs Loos bestimmt wurden, dem Beklagten insinuirt werden sollte. Blieb der Beklagte aus, so geschah es dennoch und post horam decimam konnten die Geschwornen de absente secundum praesentem iudicare. *ibid. c.* 17.

28) Rudorff cit., dessen Beweisstellen nur nicht auf Civilsachen gehen. Eher möchte man *Cic. ad Att.* V. 21. nam evocari ex insula Cyprios non licet, hierherziehen.

29) *Aurel. Victor de Caes. c.* 16. Legum ambigua mire dis-

nuntiatio, die im Theodosischen Codex vorkommt als eine an den Beklagten oder seinen Vertreter persönlich und vor Zeugen gerichtete Ankündigung des Rechtsstreits, welcher dann an einem gesetzlich bestimmten Termin vor Gericht beginnt[30]). Anknüpfungspunkte für diese Neuerung bot das ältere Recht nicht bloß in jenem provinziellen Verfahren, sondern auch in Centumviralprozessen[31]). Uebrigens wurde die in ius vocatio und das Vadimonium zwar nicht abgeschafft[32]), aber ohne Zweifel im wirklichen Gebrauch beschränkt[33]).

Das Contumacialverfahren gegen einen Beklagten, der sich allen diesen Formen, durch welche er vor Gericht gezogen werden sollte, zu entziehen wußte, wird später (§ 106) besonders betrachtet werden.

---

tincta, vadimoniorumque sollemni remoto denuntiandae litis opperiendaeque ad diem commode ius introductum. Das Schweigen aller andern Quellen und die verhältnißmäßige Unglaubwürdigkeit des Schriftstellers scheint mir kein hinreichender Grund, diese Nachricht anzuzweifeln. Bemerkenswerth bleibt, daß nur der Vadimonien als der gewöhnlichen Einleitungsform des älteren Rechts gedacht wird.

30) S. im dritten Abschnitt.

31) *L. 7. D. de inoff. test.* (5, 2). *Paul. lib. sing. de septemviralibus (l. centumviralibus) iudiciis.* Quemadmodum praeparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus. — si comminatus tantum accusationem fuerit, vel usque ad denuntiationem vel libelli dationem processerit, ad heredem suum accusationem transmittet. idque D. Pius de libelli datione et denuntiatione rescripsit. Ob die lex Iulia privatorum diese Form nach Analogie der accusatio publica *cf. L. 3. pr. D. de accus.* (48, 2) und zwar nur für die querela inofficiosi eingeführt hatte? — Es kommen noch manche andre Denunciationen vor, mit denen ich diese nicht in Verbindung bringen kann; am wenigsten mit der legis actio per condictionem, die schon zu Gaius' Zeit längst nicht mehr bestand. *Gai.* IV. § 18.

32) Für das Vadimonium *Paul. in Coll.* II. 6. Ob *Amm. Marcell.* XXX. 4. wirkliche Vadimonien, nicht überhaupt Termine oder Befristungen meint, ist mir zweifelhaft.

33) *Aurel. Victor* Note 29. remoto.

B. Instruction (in iure).

Allgemeines.

§ 84. Der Rechtsstreit selbst zerfällt im ordentlichen Prozeß (ordo iudiciorum privatorum), vermöge der Theilung des Richtergeschäfts zwischen der Gerichtsobrigkeit (magistratus) oder dem Gerichtsvorstand (qui iuri dicundo praeest, Praetor u. s. w.) und dem Geschwornen (iudex), in zwei Hälften: die Eröffnung und Instruction des Rechtsstreits in iure (B) und die Untersuchung und Entscheidung der Sache in iudicio (C). Jene enthält im regelmäßigen Verlauf: 1) die Klage des Klägers, 2) die Vertheidigung des Beklagten und 3) die Anordnung des Geschwornengerichts durch den Prätor. Alles dieses concentrirt sich in der Formula. Der unregelmäßige Verlauf der Sache begreift hauptsächlich zwei Fälle: 1) wenn der Beklagte geständig ist (confessus), 2) wenn er sich der Klage entzieht (indefensus).

In der regelmäßigen Instructionsverhandlung sind zwar auch jetzt noch, wie bei der Legis Actio, nach der Natur des Civilstreits die Partheien hauptsächlich (principaliter) thätig, sie nehmen in Allem die Initiative. Allein da das Ziel die Anordnung des Judiciums ist, die mit allen Modalitäten von der Entscheidung des Prätors abhängt[1]), so ist das Verfahren nicht bloß ein Verhandeln der Partheien unter sich in seiner Gegenwart und unter seiner Autorität (agere), sondern sie stellen zugleich in Bezug auf das Ganze und alle Einzelheiten Anträge an ihn. Dieß heißt technisch postulare.[2]).

1) Iudicium oder litem ordinare. *pr. I. de publ. iud.* (4, 18). *L. 24. L. 28. § 2. D. de lib. causa* (40, 12). *L. 8. pr. § 1. D. de inoff. test.* (5, 2) u. s. w.

2) *L. 1. § 2. D. de postulando* (3, 1). *Ulp.* Postulare est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere: vel alterius desiderio contradicere. *L. 4. § 8. D. de damn. inf.* (39, 2). *Ulp.* Postulare autem proprie hoc dicimus, pro tribunali petere, non alibi. *Val. Prob.* § 5, 1. 15. 18. Die iudicis postulatio

Ueber die Fähigkeit zum Postuliren für sich (pro se) oder für Andere (pro aliis) hatte der Prätor im Edict Bestimmungen aufgestellt [3]), durch welche er gewisse Personen theils aus natürlichen Gründen, theils zur Wahrung der eignen Würde [4]), entweder ganz (in totum) oder nur für Andere (pro aliis) vom Postuliren ausschloß, oder es ihnen nur für sich und gewisse ihnen nahe verbundene Personen (pro se et certis personis) gestattete [5]). Zu den aus dem zweiten Grunde Ausgeschlossenen gehörten besonders personae infames, deren Verzeichniß im Edict aufzustellen eben dieß die Veranlassung war [6]).

Das Postuliren ist also auch durch einen Vertreter möglich und hierin liegt abermals ein Unterschied von der Legis Actio, die von der Parthei selbst vollzogen werden mußte. Diese Vertretung begreift aber noch zwei wesentlich verschiedene Fälle: 1) da ein Dritter für die gegenwärtige und selbstständig handelnde Parthei nur zur Begründung oder Ausführung ihrer Anträge als Redner (orator) oder Sachwalter (patronus) das Wort führt, welches dann ganz als von ihr gesprochen betrachtet wird [7]), 2) wenn ein Bevollmächtigter (procurator, cognitor) oder Vormund (tutor, curator) in ihrem Namen handelt und nach den Grundsätzen unvollständiger Repräsentation statt ihrer in den

hatte gewissermaßen alle andern Legis Actiones verschlungen. Natürlich begreift es auch andre Anträge, im Rechtsstreit z. B. missionem in bona postulare, oder außerhalb z. B. tutorem, bonorum possessionem postulare u. A. Ueber die Stellung der Materie im Edict nach *Dig.* 3, 1. *Cod. Iust.* 2, 6. *Theod.* 2, 10. *de postulando* vgl. Rudorff, Zeitschr. für Rechtsg. IV. S. 23. 45 folg.

3) *Edict. tit. de postulando. L. 1. pr. D. de postulando* (3, 1).

4) *L. 1. pr. cit. Ulp.* Hunc titulum Praetor proposuit habendae rationis causa, suaeque dignitatis tuendae et decoris causa: ne sine delectu passim apud se postuletur. Immer im öffentlichen Interesse, daher unabhängig von dem Willen des Gegners. *L. 7. D. eod.*

5) *L. 1. §§ 1. 3. 9. 7—11. L. 2. L. 3. pr. — L. 6. pr. D. eod.* Vgl. Keller, Civilpr. § 55 S. 226 folg.

6) *L. 1. § 6. L. 9. L. 11. § 1. D. de post* (3, 1). *Dig.* 3, 2. de his qui notantur infamia. Keller cit. Note 649. 650.

7) Vgl. *L. 1. C. I. de err. adv.* (2, 10). *Alex.* Ea quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, proinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur.

Prozeß und seine rechtlichen Wirkungen eintritt [8]). Hiervon wird unten (§ 100) besonders zu handeln sein.

Da die Anträge der Partheien an den Prätor von entscheidendem Erfolg für den ganzen Prozeß, Rücksichten der Klugheit und des Rechts dabei zu beachten und geltend zu machen sind, so bedienten sie sich schon zu Cicero's Zeit dazu regelmäßig eines geübten Redners oder Sachwalters (patronus) [9]). Auch erschienen sie schon in iure wo möglich in Begleitung rechtskundiger und einflußreicher Freunde (advocati), die ihre Sache durch ihren Rath und ihr Ansehen unterstützen [10]). In der Kaiserzeit werden diese Benennungen (patronus, advocatus, causidicus) nicht mehr scharf unterschieden [11]). Partheien, die selbst zum Postuliren unfähig sind, oder einen sachkundigen Advokaten nicht finden können, bestellt der Prätor einen solchen ex officio [12]). Da die Advokatur jetzt nicht bloß als Ehrengeschäft, sondern auch als Gewerbe für Geld betrieben wird, so steht sie unter Aufsicht des Magistrats, und der Prätor oder Provinzialstatthalter kann deren Ausübung in Bezug auf sein

8) *Edict.*: Alieno nomine, item per alios agendi potestatem non faciam *rel. Fr. Vat.* § 322. *Gai.* IV. §§ 82. *sqq.* — alieno (*nomine agere*), veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio *rel. Dig.* 3, 3. *Cod. Iust.* 2, 13. *de procuratoribus.* Ueber das Edict s. Rudorff cit. S. 56 folg.

9) *Pseudo-Ascon. in Divin.* 4. aut patronus dicitur, si orator est. Für dessen Thätigkeit bei der postulatio in iure s. *Cic. de or.* I. 37. *de invent.* I, 11. II. 20.

10) *Pseudo-Ascon. cit.* aut advocatus, si aut ius suggerit aut praesentiam suam accommodat amico. *Cic. pro Cluentio* 40. quis eum unquam, non modo in patroni, sed in laudatoris aut advocati loco viderat? Für ihre Hülfe bei der postulatio s. *Cic. pro Quintio* 8. A Cn. Dolabella Praetore postulat, ut sibi Quintius iudicatum solvi satisdet. — Dolabella — aut satisdare, aut sponsionem iubet facere: et interea recusantes nostros advocatos acerrime removeri.

11) *Dial. de causis corr. eloq.* c. 1. *Quintil. inst. or. passim. Edict. Pr.* in Note 12. Vgl. *Plin. Ep.* VI. 33, 3. ingens utrimque advocatio, geht offenbar auf die begleitenden Freunde. Auf Rechtsbeistände *Iul. Victor ars rhet. c.* 25. frequenter oratores urgentur ab advocatis, a litigatoribus, ut quod sit inutile ingerant.

12) *Edict.* in *L. 1. § 4. D. de postul.* (2, 1). Si non habebunt advocatum, ego dabo. *L. 9. §§ 5. 6. D. de off. Procons.* (1, 16).

Tribunal zur Strafe für bestimmte Zeit oder für immer entziehen [13]). Die gesetzlich erlaubte Belohnung (honorarium) [14]) ist mit Rücksicht auf den Umfang der Dienstleistung, also für die postulatio geringer als für die cognitio bestimmt [15]).

Weitläufige Deductionen aber oder gar Beweisführungen ließ der Prätor in dem für Postulation bestimmten Termin [16]) nicht zu, sondern entschied nach den Anführungen und klar vorliegenden Umständen durch Decrete [17]) und zwang die querulirenden Partheien und ihre Beistände nöthigen Falls durch seine Lictoren, den Nachfolgern in der Reihe (ordo postulationum) [18]) Platz zu machen [19]). War freilich über irgend einen die Instruction betreffenden Punkt eine Untersuchung nothwendig, so wurde diese entweder auf einen Dies Cognitionum verschoben [20]) oder in Form eines Präjudiciums einem Judex übertragen [21]), die Sache selbst aber vertagt. Auch konnte gegen das Decret des Prätors Appellation an einen gleichen oder höheren Magistrat [22]) oder an die Volkstribunen [23]) eingelegt und durch deren Intercession der Fortgang sistirt werden. Endlich war

13) *L. 6. § 1. L. 8. D. de postul.* (3, 1). *L. 9. §§ 1. 2. D. de poenis* (48, 19).

14) *Tac. Ann.* XI. 6. 7. XIII. 4. *Sueton. Nero* 17. *Plin. Ep.* V. 4. 21, *L. 1. § 12. D. de extr. cogn.* (50, 13).

15) Diocletians Edict de pretiis rerum venalium a. 302. *Haenel Corpus legum num.* 1054. *cap. VII. de mercedibus operariorum p.* 178. bestimmt das Maximum des Honorars in der Cognitio auf das Vierfache der Postulatio. Daß jene jetzt regelmäßig auch vor dem Magistrat stattfand, machte wohl keinen Unterschied.

16) S. oben § 80 Note 47.

17) Im weitern Sinn *Auct. ad Herenn.* II. 13. *L. 1. § 3. D. de postul.* (3, 1). *Gai.* IV. § 139. u. s. w. *cf. L. 2. § 1. D. quis ordo* (38, 15). *L. 9. § 1. D. de off. Procons.* (1, 16).

18) *Festus v. Ordinarium. L. 9. § 4. D. de off. Procons.* (1, 16).

19) *Cic. pro Quintio* 8. in Note 10. In dem Fall *Actor.* XVIII. 12–17. versagt der Proconsul Achaiae die offenbar frivole Klage, läßt die klagenden Juden vom Tribunal wegtreiben und als das anwesende Volk den Vorsteher der Synagoge durchprügelt, nimmt er sichs nicht an.

20) S. Note 16.

21) Mit sponsio *Cic. pro Quintio* 10. oder durch eine formula praeiudicialis. *L. 30. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). s. § 97.

22) *Cic. Verr.* I. 46. *Caesar de bello civ.* III. 20.

23) *Cic. pro Quintio* 7. *pro Tullio* 38. *acad. quaest.* II. 30.

auch auf Antrag der Partheien, namentlich des nicht hinreichend instruirten Beklagten, eine Vertagung durch Vadimonium auf einen zweiten Termin möglich[24]). Hiernach konnte allerdings eine Sache sich längere Zeit im Stadium der Instruction befinden, obgleich diese auf rasche Erledigung berechnet war[25]).

---

1. Die Klage (actio, formula).

a. Begriff.

§ 85. Die Klage (actio) ist in dieser, wie in der früheren Periode, 1) die Handlung des Klägers, wodurch dieser sein Recht vor Gericht angriffsweise gegen einen Andern, den Beklagten, geltend macht, nur daß dieß nicht mehr in der Form einer legis actio geschieht, sondern durch eine vom Prätor in seinem Edict aufgestellte formula; daher actio und formula synonym sind[1]). Aber eben durch die Einführung dieser neuen Form kam 2) die materielle Bedeutung des Wortes actio den römischen Juristen zum Bewußtsein[2]), nach welcher es das

24) S. § 83 Note 10.

25) Nur in diesem Sinne hat Keller, Civilpr. S. 208 Recht, „daß das Verfahren in iure zu sehr bedeutender Ausdehnung und Dauer anwachsen konnte."

1) In diesem Sinne, nehmlich von den Klagformen, die aber von der Natur der verschiedenen Klagrechte abhängig sind, handelt Gaius im dritten Theil seiner Institutionen de actionibus; ebenso ohne Zweifel Paulus in seinem lib. singularis de actionibus, s. *Index Flor.*, der wohl, da sich sonst keine entsprechende Stelle in den Pandekten findet, mit dem lib. sing. de conceptione formularum *Inscr. L. 20. D. de except.* (44,1) identisch ist. Ob auch mit dem lib. sing. in *Coll.* II. 5, 6., wo die Formel der actio iniuriarum so genau beschrieben wird? und dem lib. sing. [de articulis] de liberali causa in *L. 33. L. 41. D. de lib. causa* (40, 12), der im Index Florentinus fehlt? In demselben Sinn ist die Rede von actiones in albo proponere, comparare, dare u. s. w., wo abwechselnd auch formula gesagt wird. In Anwendung auf einzelne Klagen, z. B. actio und formula institoria. *Gai.* IV. §§ 71. *sqq.* hypothecaria. *Inscr. L. 4. L. 5. D. de pign.* (20, 1) u. s. w.

2) Z. B. in actio legitima im Gegensatz der legis actio. *Paul. in Coll.* II. 5. *L. 14. § 3. D. de praescr. verb.* (19,5). *L. 22. § 2. D. de aqua et aq. pl.* (39, 3).

jene Handlung begleitende Recht[3]) bezeichnet[4]). Desgleichen tritt jetzt diese materielle Bedeutung da sehr bestimmt hervor, wo für dasselbe Klagrecht vom Prätor verschiedene Formulae aufgestellt sind[5]), oder verschiedene Klagrechte durch dieselbe Formula verfolgt werden können[6]).

Auch über die Natur dieses Rechts, seine Bedingungen und seinen Gegenstand, sind sich die classischen Juristen klarer als die frühern und als manche Neuere[7]). Die actio ist ihnen durchaus kein Recht für sich, auch nicht das Anhängsel eines andern Rechts, sondern jedes Recht in seiner vollsten gericht-

3) Auch andre juristische Handlungen sind in ihren Bedingungen und Wirkungen Rechte, iura, z. B. confarreatio *Gai.* I. § 112., mancipatio, in iure cessio, usucapio. *Gai.* II. § 65.

4) *L. 51. D. de obl. et act.* (44, 7). *Celsus.* Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi. Im strengen Sinne bezeichnet debere ein Schuldverhältniß, iudicium das Geschwornengericht; ich bezweifle aber, daß Celsus seine Definition auf die im ordentlichen Prozeß zu verfolgende Schuldklage, die allerdings vorzugsweise actio heißt, beschränken, und die in rem actio oder petitio und die extraordinäre persecutio ausschließen wollte. Vgl. Savigny, System § 205 Bd. 5 S. 8 folg.

5) Z. B. die formula in ius und die in factum concepta für die actio depositi und commodati *Gai.* IV. § 47.; die formula petitoria und die per sponsionem für die in rem actio. *Gai.* IV. §§ 91—93.

6) Z. B. die certi condictio, d. h. die formula: SI PARET DARE OPORTERE, s. *Gai.* IV. § 33. für Schuldklagen der verschiedensten Art. S. unten § 93.

7) Daß Böcking's Fassung des Begriffs, Pandekten § 150, Instit. § 51, mir die richtige scheint, ist schon oben § 35 Note 8 bemerkt. Windscheid's (die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. 1856; Die Actio. Abwehr. 1857) Unterscheidung von „Anspruch" und „Actio", die erst mit der Litiscontestation entstehen soll, ist nicht nur, wie er zugiebt, den Römern fremd, sondern enthält, insofern aus dieser angeblichen Vorstellung unsres heutigen Rechts das römische begriffen werden soll, einen methodischen Widerspruch. Ueberdieß trifft seine Behauptung von der eigenthümlichen Stellung der römischen Magistrate, die dabei zum Grunde liegt, für die erste und die dritte Periode durchaus nicht, und für die zweite, mit der wir es hier zu thun haben, insofern nicht zu, als der Prätor, wenn er eine neue Klage gab, natürlich ein ihr correspondirendes Recht, z. B. ius hypothecae u. A. annahm. Noch weiter von der Wahrheit ab irrt Muther (Zur Lehre von der römischen Actio. 1857), indem er die Actio für „das Recht auf Ertheilung der Formula" oder für „die Befugniß des Verletzten, den Staat zur Geltendmachung seines Rechts gegen den Verletzer zu vermögen", erklärt.

lichen Geltung, d. h. insofern es durch Klage zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht werden kann. Denn es giebt Rechte, die nicht diese höchste, sondern nur geringere Wirkungen haben, nehmlich nur zur Vertheidigung vor Gericht, zur Zurückweisung der Klage gebraucht werden [8]), oder zur Grundlage eines andern klagbaren Rechts dienen können [9]).

Damit ein im Allgemeinen klagbares Recht wirklich durch Klage vor Gericht geltend gemacht werden könne, ist zwar nicht eine thatsächliche Verletzung desselben [10]), wohl aber so viel nothwendig, daß ein Rechtsstreit mit praktischem Erfolg möglich sei [11]). Denn sonst würde der Prätor, der sich mit akademischen Debatten nicht befaßt, sie von vorn herein zurückweisen. In der Person des Klägers gehört dazu nicht bloß die Existenz seines Rechts, ein zukünftiges genügt dazu nicht [12]), sondern auch

8) So das nicht klagbare Schuldverhältniß (naturalis obligatio) zur soluti retentio *L. 51. D. de cond. ind.* (12, 6), und zur exceptio *L. 7. § 4. D. de pactis* (2, 14). *L. 6. D. de compens.* (16, 2).

9) Auf die naturalis obligatio kann Pfand, Bürgschaft u. A. gegründet werden. *L. 13. pr. D. de cond. ind.* (12, 6).

10) Dieß behauptet Savigny, System § 205 Bd. 5 S. 4 folg., eine Ansicht, die der römischen Anschauung vom Rechtsstreit widerspricht und sich im Einzelnen, z. B. bei den Servituten-, den Statusklagen, auch bei der actio ex maleficio, bei der die Verletzung das der Klage correspondirende Recht, die Obligation, allererst begründet, nicht durchführen läßt.

11) Die classische Jurisprudenz hat dafür keine technische Bezeichnung. Auch der Ausdruck des prätorischen Edicts: quo primum experiundi potestas fuerit, schließt zwar die sachlich begründete Möglichkeit der Klage ein, begreift aber mehr, nehmlich die Möglichkeit, den Prätor damit anzugehen. Kaiserliche Constitutionen der spätesten Zeit gebrauchen dafür in Bezug auf den Anfangspunkt der Klagenverjährung verschiedene Ausdrücke. *L. 3. C. I. de praescr.* 30 (7, 39). *Honor. et Theod.* actiones —, ex quo iure competere coeperunt. *L. 30. C. I. de iure dot.* (5, 12). *Iustinian.* ex quo possunt (*sc. mulieres*) actiones movere. *L. 1. § 1. C. I. de ann. exc.* (7, 40). *Iustinian.* ex quo ab initio competit et semel nata est (*sc. actio*). Erst die Neuern brauchen dafür technisch: actio nata.

12) *L. 35. D. de iud.* (5, 1). *Iavolen.* Non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse et vel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt: nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit, iudicium vero, antequam aliquid debeatur, non posse.

die Möglichkeit seiner gegenwärtigen Ausübung; denn die Klage ist eine solche[13]). In der Person des Beklagten die Möglichkeit der Bestreitung des klägerischen Rechts, die durch das thatsächliche Anerkenntniß desselben ausgeschlossen wird[14]); die wirkliche Bestreitung dagegen braucht erst bei der Eröffnung des Rechtsstreits vor Gericht zu erfolgen. Endlich ist der praktische Erfolg der Klage, also die Zulässigkeit der Klage selbst, von einem Interesse des Klägers und des Beklagten abhängig[15]), welches aber selbst bei Vermögensklagen nicht nothwendig ein Geldinteresse sein muß[16]). Nach diesen allgemeinen Grundsätzen werden die Bedingungen der einzelnen Klagrechte noch sehr verschieden bestimmt, was auch bei der Form der Klage zur Sprache kommen muß.

Der Gegenstand der Klagrechte ist ebenso mannichfaltig als der Gegenstand der Rechte selbst. Im Allgemeinen läßt sich nur dieß sagen, daß der Kläger allemal die Anerkennung seines Rechts und was daraus folgt, vom Beklagten verlangt, und hierin liegt unverkennbar eine gewisse Aehnlichkeit des Klagrechts mit der Schuldforderung (obligatio)[17]). Diese Aehnlichkeit

13) *L. 186. D. de reg. iur.* (50, 17). *Celsus.* Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit. Et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest. *cf. § 2. I. de verb. obl.* (3, 16). — quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet. *L. 42. D. eod.* (45, 1). Daß auch hier nicht eine Verletzung vorausgesetzt wird, beweist *L. 72. §§ 1. 2. D. eod.* — Eine Ausnahme machen die bonae fidei iudicia, insofern schon vor dem dies obligationis (*L. 41. D. de iudiciis* 5, 1), ja selbst wegen nur möglicher künftiger Forderungen aus dem allgemeinen Schuldverhältniß (*L. 38. pr. D. pro socio* 17, 2) auf Caution geklagt werden kann.

14) Z. B. bei der Vindication durch den Besitz im Namen des Eigenthümers, bei der Schuldklage durch die Zinszahlung. Vgl. Savigny cit. § 239 S. 283 folg.

15) Bei dinglichen Klagen *L. 5. L. 6. pr. D. si servitus* (8, 5). *cf. L. 15. pr. D. de servit.* (8, 1); bei Schuldklagen *L. 8. § 6. D. mandati* (17, 1). *L. 32. D. locati* (19, 2). *cf. L. 38. §§ 17. sqq. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 2. D. mandati* (17, 1). Ueber die status controversia s. unten § 97 Note 23.

16) s. *L. 54. pr. D. mandati* (17, 1) und abermals die status quaestiones § 97.

17) Obligatio genannt wird die Klage, z. B. die in rem actio von classischen Juristen nicht. *§ 5. I. de except.* (4, 13) ist corrumpirt aus

beruht auf der Richtung gegen eine bestimmte Person und zwar eine bestimmte Leistung derselben, durch deren Erfüllung das ganze Rechtsverhältniß seine Bestimmung erreicht und somit erlischt. Nicht zu verwechseln sind aber damit die wirklichen Schuldverhältnisse, die durch den Rechtsstreit selbst und seine verschiedenen Acte, namentlich durch Litiscontestation und Urtheil, zwischen den Partheien begründet werden [18]).

b. Actionis editio und postulatio.

§ 86. Die Actio im formellen Sinn, die Formula, ist also sowohl der Ausdruck des vom Kläger erhobenen Anspruchs, als die Form, nach welcher er das Judicium angeordnet zu sehen wünscht.

Daher ist er es, der unter den im Album des Prätors aufgestellten, also im Allgemeinen gesetzlich anerkannten Formeln auf seine Gefahr diejenige wählt, die ihm für sein Recht die passende scheint [1]). Da diese aber nur ein allgemeines Formular ist, so muß er dieses mit Rücksicht auf die concreten seiner Klage zum Grund liegenden Thatsachen ausfüllen, und dabei den Grund und Gegenstand seiner Klage so genau bezeichnen (designare), daß darüber kein Zweifel bleibt, z. B. die körperliche Sache, die dabei in Betracht kommt, ihren Eigenschaften nach beschreiben oder, wenn sie einen Namen hat, benennen [2]); die widerrechtliche Handlung, die seine Klage be-

Gai. IV. §§ 106. *sq.* Dagegen wird vom Besitzer gesagt, er hafte der Vindication, teneri de proprietate. *L. 7. D. de precario* (43, 26) u. s. w.

18) Aehnlich Savigny cit. S. 5.

1) *Cic. pro Caec.* 3. Praetor is, qui iudicia dat, numquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit. *pro Rosc. com.* 8. Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare possit. expressae sunt enim ex uniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur. *c.* 9. Quae cum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Qu. Roscium, quaero. Formulam non noras? notissima erat.

2) *L. 6. L. 5. §§ 4. 5. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 1. § 40. D.*

gründet, so bestimmt angeben, als er sie im Judicium zu beweisen hat [3]) u. s. w. Andrerseits war der Prätor bei Aufstellung seiner Formulare darauf bedacht, ihnen eine gewisse Weite zu geben, damit sie der Mannichfaltigkeit der Verhältnisse sich anschließen und der Kläger nicht, wie bei den Legis Actiones, in Gefahr gerathen möchte, durch das kleinste Versehen die Sache zu verlieren. Mußte er es doch auch als zweckmäßig erkennen, der freien Beurtheilung des Geschwornen (officium iudicis, boni viri arbitratus) zwar nach Umständen einen größern oder geringern, immer aber einen gewissen Spielraum zu lassen. Ueberall ist der sollenne Beisatz QUA DE RE AGITUR eine Cautel, durch welche der Kläger, wenn Zweifel über den Gegenstand des Rechtsstreits entstehen sollte, sich auf seine Absicht bezieht [4]).

Das Erste ist sodann, daß er die so gefaßte Formula dem in iure gegenwärtigen Beklagten mittheilt (actionis editio) [5]), entweder in einem Schriftstück (libellus), das

depositi (16, 3). *cf. Gai.* IV. § 47. *L. 19. pr. §§ 1—4. D. de furtis* (47, 2).

3) *L. 14. § 3. D. quod met. causa* (4, 2). *L. 15. § 3. L. 16. D. de dolo malo* (4, 3). *L. 7. pr. D. de iniuriis* (47, 10). *Paul. Coll.* II. 6.

4) *Cic. Verr.* II. 12. *cf. Brut.* 79. *Top.* 25. *Gai.* IV. §§ 34. 93. 47. 160. *Lex Rubria c.* 20. *vers.* 22—25. 30. 33. *sq.* 40. *cf. L. 61. pr. L. 66. D. de iud.* (5, 1). *L. 5. §§ 4. 5. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 83. § 1. D. de verb. obl.* (45, 1). Cicero's Spott darüber *pro Murena* 12. ist also frivol. Vgl. *Keller Sem.* II. *p.* 297. Rudorff zu Puchta's Instit. § 165 Note zz.

5) *L. 1. pr. D. de edendo* (2, 13). *Ulp.* Qua quis actione agere volet, eam edere debet. *L. 3. C. I. eod.* (2, 1). *Sever. et Ant.* Edita actio speciem futurae litis demonstrat. *L. 3. C. I. de lit. cont.* (3, 9). *Iidem.* — actionis species ante iudicium reo cognita. S. Note 14. *L. 33. D. de iud.* (5, 1). *Modestin.* — edi genus actionis. Gleichbedeutend formulam edere. *Gai.* IV. §§ 93. 165. *Paul. Coll.* II. 6. iudicium edere. *L. 2. D. pro donato* (41, 6). *L. 4. § 19. D. de doli exc.* (44, 4). *Cic. pro Quintio* 20. iudicium, quin acciperet in ea ipsa verba, quae Naevius edebat, non recusasse. Daß die actionis editio in iure, nicht außergerichtlich erfolgte, wird durchweg vorausgesetzt; womit nicht gesagt ist, daß der Kläger den Beklagten nicht schon bei Eingehung des Vadimoniums mit seinem Anspruch bekannt machen konnte, was selbst nicht anders denkbar ist. Vgl. Rudorff, Zeitschr. für Rechtsg. IV. S. 26.

er ihm übergiebt oder ihn abschreiben läßt oder ihm dictirt, oder durch Hinweisung auf das Album des Prätors und ergänzende Rede [6]). Der Zweck dieser Editio ist, daß der Beklagte genau wisse, welcher Anspruch gegen ihn erhoben wird, und danach seinen Entschluß fassen könne, ob er ihn einräumen oder bestreiten will, und im letztern Fall seine Vertheidigung vorzubereiten im Stande sei [7]).

Um desselben Zweckes willen wird die Editio, wo die Formula zu dessen Erreichung nicht genügt, noch weiter ausgedehnt, nehmlich auf den wörtlichen Inhalt der über ein Rechtsgeschäft errichteten Urkunde (editio instrumentorum) [8]), aus welchem der Kläger seinen Anspruch ableitet und im Judicium zu begründen gedenkt [9]). Die Urkunde selbst braucht nicht, etwa zur Erklärung über ihre Aechtheit, vorgelegt zu werden, so daß es also nicht eine Anticipation des Beweisverfahrens ist [10]). Verweigert der Kläger diese Edition, so wird der

6) *L. 1. § 1. D. de edendo* (2, 13). *Ulp.* Edere est etiam describendi copiam facere, vel in libello complecti et dare, vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium ad album et demonstret, quod dictaturus (*al.* dicturus) est, vel id dicendo, quo uti velit. Sehr häufig wird dictare actionem oder iudicium wohl nur für die feierliche Erklärung gesagt. *cf. Dirksen Man. lat. font.* v. *dictare*.

7) *L. 1. pr. cit.* nam aequissimum videtur, eum qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat, et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum, cognita actione qua conveniatur.

8) *L. 1. § 4. D. de edendo* (2, 13). *Ulp.* — stipulationem totam. *cf.* § 2. in Note 10. *L. 2. eod. Paul.* verba testamenti. Die Nothwendigkeit dieser Ergänzung der actionis editio leuchtet besonders bei der actio incerti ein, die weder in der demonstratio, z. B. QUOD INCERTUM STIPULATUS EST, noch in der intentio: QUIDQUID DARE FACERE OPORTET, den Streitgegenstand ausreichend angiebt. S. § 87 Note 16.

9) *L. 1. § 3. cit.* Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est: non tamen, ut et instrumenta, quibus quis usurus non est, compellatur edere.

10) *L. 11. D. eod. Modestin.* Exempla instrumentorum etiam sine subscriptione edentis edi posse receptum est. *L. 1. § 2. cit.* Editiones sine die et Consule fieri debent, ne quid excogitetur e die et Consule et praelato die fiat. Diem autem et Consulem Praetor excepit, quo instrumentum conscriptum est, non in quem solutio concepta est: nam dies solutionis, sicuti summa, pars est stipulationis. Denn wie hätte

Beklagte auf Grund der exceptio doli von der Klage entbunden [11]).

Der Beklagte dagegen ist in der Regel nicht verpflichtet, dem Kläger Urkunden zu ediren, um ihm die Fassung oder den Beweis seiner Klage zu erleichtern [12]). Ueber Thatsachen der Passivlegitimation aber, deren Kunde dem Kläger zur Einrichtung seiner Klage unentbehrlich ist, z. B. ob und zu welchem Theil er Erbe des ursprünglichen Schuldners sei u. A., kann er in iure förmliche Fragen an ihn richten (interrogationes in iure faciendae) und auf die ertheilte Antwort nicht nur, sondern, im Fall der Verweigerung oder Ableugnung der Wahrheit, auf die zum Nachtheil des Beklagten angenommene Fiction derselben seine Klage (actio interrogatoria) gründen [13]).

Durch die Annahme der edirten Klage hat sich der Beklagte weder vor diesem Richter [14]), noch auf das nach dieser Formula zu instruirende Judicium eingelassen (iudicium accep-

die Originalurkunde selbst ohne Unterschrift und Datum vorgelegt werden können? Anders Keller, Civilpr. S. 203 folg. Rudorff, Rechtsg. II. S. 229. In jeder Beziehung verschieden ist die in demselben Titel des Edicts vorgeschriebene Edition der Rechnungsbücher der Argentarien *L. 4. pr. §§ 1—5. L. 5. L. 6. LL. 7—10. L. 12. L. 13. D. de edendo* (2, 13). *L. 1. C. I. eod.* (2, 1) und der acta publica. *L. 2. L. 6. C. I. eod. L. 45. §§ 6. 7. D. de iure fisci* (49, 14).

11) *L. 8. C. I. de edendo* (2, 1). *cf. L. 1. § 5. D. eod.*

12) *L. 4. L. 8. C. I. de edendo* (2, 1). Ueber das Privilegium des Fiscus s. *L. 3. D. eod. L. 2. §§ 1. 2. cf. L. 45. § 5. D. de iure fisci* (49, 14).

13) *Dig.* 11, 1. *de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus.* Näheres in meinen Versuchen S. 276 folg. Keller, Civilpr. § 51. Savigny, System § 305 nimmt an, Callistratus in *L. 1. § 1. h. t.* bezeuge die Aufhebung des ganzen Instituts schon in dieser Zeit. Allein diese sicher interpolirte Stelle sagt für Justinians Zeit, 1) daß vor der Einlassung (ante iudicium) Niemand mehr zu Erklärungen genöthigt werde, 2) daß eben deshalb eine Klage auf solche Erklärungen (interrogatoria actio) nicht gegründet werden könne. Im Judicium aber, d. h. nach der Einlassung, konnten solche Fragen mit demselben Erfolg an den Beklagten gerichtet werden, woraus sich die Aufnahme des Titels erklärt.

14) *L. 33. D. de iud.* (5, 1). *Modestin.* Non videtur in iudicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis. Vgl. oben § 73 Note 13. 14.

tum), sondern sie nur ad referendum genommen[15]). Denn auch der Kläger kann noch bis zur Litiscontestation (res in iudicium deducta) seine Klage zurücknehmen oder durch Verbesserung ihrer Fehler sich vor den damit verknüpften Folgen schützen[16]). Ja er kann von vorn herein, wenn er ungewiß ist, welche von zwei Klagen die rechte sei, alternativ beide ediren[17]).

Das Zweite, was aber bei der Formlosigkeit des Verfahrens mit dem Ersten, der actionis editio, unmittelbar verbunden werden kann[18]), ist der an den Prätor gerichtete Antrag des Klägers, daß er seine Klage in dieser Form zulasse (actionis postulatio), d. h. den Judex nach dieser Formula instruire[19]). Die Erlangung dieser Bitte (actionis im-

15) Anders in *Fr. Vat.* § 112. *ed. Mommsen.* Anicius Vitalis dixit: quoniam praesto est Flavius Vetus iunior, peto rem *uxoriam Seiae nomine* ab eodem ex legibus et edictis. Dotem et peculium *scripta habere se* dixit tabulis signatis nec protulit. Flavius Vetus iunior dixit: *actionem excipere paratus* sum. Ist die Restitution richtig, so war es eine unvollständige actionis editio, die der Beklagte nicht rügt, ja sich selbst einläßt. Anders restituirt *Huschke Iurispr. anteiust.* S. Note 18.

16) *L. 3. C. l. cit.* Note 5. quam emendari vel mutari licet *vel. L. un. C. l. de lit. cont.* (3, 9). *Sever. et Ant.* Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. In *L. 112. pr. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 50. § 2. D. de peculio* (15, 2) ist zu iudicium dictatum hinzuzudenken: et acceptum. Von den Folgen der fehlerhaften Fassung s. unten § 87.

17) *L. 1. § 4. D. quod leg.* (43, 3). *Ulp.* — quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat. nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit.

18) Vgl. *L. un. C. l. de lit. cont.* (3, 9) in Note 16. In der protokollarischen Verhandlung *Fr. Vat.* § 112. Note 15 nach Mommsen's Restitution: mulieris nomine postulatum videri, ist die editio und postulatio actionis rei uxoriae zusammengefaßt. Huschke's: mulieris nomine postulatum virum sufficere, also postulatum für interpellatum, ist dem Sprachgebrauch der classischen Juristen nicht gemäß, wenngleich allerdings hier, wie sonst, die Klage die Interpellation in sich begreift. S. auch die Stellen in Note 19.

19) *Cic. Verr.* III. 65. Adventu L. Metelli Praetoris —; aditum est ad Metellum: eductus est Apronius: eduxit vir primarius C. Gallius, senator: postulavit a L. Metello, ut ex edicto iudicium daret in Apronium

petratio)[20]), d. h. ihre Gewährung von Seiten des Prätors (actionem dare), oder ihre Versagung (actionem denegare), hängt zunächst von seiner eigenen Erwägung ab[21]). Denn die rechtliche Prüfung liegt ihm ex officio ob. Er versagt die Klage daher, ohne Rücksicht auf die Erklärung des Beklagten[22]), z. B. wenn sie nach den vom Kläger selbst angeführten oder sonst vorliegenden Thatsachen rechtlich nicht begründet[23]), oder auf Unerlaubtes und Unsittliches gerichtet ist[24]); oder wenn dadurch gegen ein rechtskräftiges Urtheil, also gegen die Autorität des Gerichts, verstoßen[25]), oder einer Capitalsache präjudicirt würde[26]), oder der Kläger sonst eine damit zusammenhängende Verpflichtung nicht erfüllt[27]). Liegen solche Gründe nicht vor, so kommt es auf die Erklärung des Beklagten an. Ist er über die Fassung der Formula mit dem Kläger einverstanden, so kann sie gewährt werden, selbst wenn sie von der Ankündigung des Edicts abweichen sollte; denn es handelt sich hier lediglich um Privatinteressen[28]). Be-

QUOD PER VIM AUT METUM ABSTULISSET: quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat. *pro Quintio* 19. in ius vocas: sequitur. iudicium postulas: non recusat. *ad famil.* XV. 16. postulabimus VI HOMINIBUS ARMATIS. *L. 24. § 2. D. de iud.* (5, 1). — postulatur in rem actio — numquid danda sit? u. s. w.

20) *Cod. Iust.* 2, 58. *de formulis et impetrationibus actionum sublatis.*

21) *L. 102. § 1. D. de reg. iur.* (50, 17). *Ulp.* Eius est actionem denegare, qui potest et dare.

22) *L. 15. § 1. D. ad leg. Falc.* (34, 2). *Papin.* — privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit; et ideo iure publico actionem ex stipulatu denegandam. *cf. L. 27. D. de reg. iur.* (50, 17).

23) Z. B. die actio mandati gegen den Erben. *Auct. ad Herenn.* II. 13. Andre Fälle in *L. 4. D. qui satisd.* (2, 8). *L. 15. D. si quis caut.* (2, 11).

24) *L. 26. D. de verb. obl.* (45, 2). *Ulp.* Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti. *L. 27. pr. eod. Pomp.* — Sed et officio Praetoris continetur, ex huiusmodi obligationibus actionem denegari.

25) *Cic. pro Flacco* 21. M. Gratidius Legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit: re iudicata stari ostendit placere.

26) *Cic. Verr.* III. 65. Note 19. non impetrat: cum hoc diceret Metellus, praeiudicium a se de capite C. Verris per hoc iudicium nolle fieri. *cf. de invent.* II. 20.

27) *L. 43. § 4. D. de procur.* (3, 3). *L. 37. D. de iure iurando* (12, 2). *L. 7. pr. D. de op. n. n.* (39, 1). Der Prätor bediente sich dieses Mittels, um jene andre Verpflichtung zu erzwingen.

28) *Cic. de part. or.* 28. in

streitet er sie, und die Entscheidung hängt nur von Rechtsgründen ab, so erfolgt diese sofort[29]). Wir sehen hier von eigentlichen, den Prozeß oder die Sache selbst betreffenden Einreden (exceptiones) ab, von denen besonders (§ 99) zu handeln sein wird[30]).

Nicht so einfach erledigt sich die Sache, 1) wenn der Kläger nicht um eine im Edict aufgestellte Formula, sondern um eine ganz neue, dem vorliegenden Fall angepaßte (in factum actio)[31]) oder doch um Modification der gewöhnlichen Formula mit Rücksicht auf die besondern Umstände bittet[32]); denn Beides liegt in der Machtvollkommenheit des Prätors, und wird von ihm nach freiem Ermessen gewährt oder versagt; 2) wenn der Prätor die Gewährung der Klage in seinem Edict ausdrücklich von einer Untersuchung im einzelnen Fall (causae cognitio) abhängig gemacht hat[33]) oder sonst eine solche nöthig findet[34]), wo dann diese zunächst erfolgen muß.

Note 29. concertata. *L. 27. D. de reg. iur.* (50, 17). *Pomp.* Actionum modus lege vel per Praetorem introductus privatorum pactionibus non immutatur, nisi tunc cum inchoatur actio inter eos convenit.

29) *Cic. de part. or.* 28. Ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum, aut sitne actio illi qui agit, — aut illane lege, hisne verbis sit actio, quaeritur: quae, etiamsi ante quam res in iudicium venit aut concertata, aut diiudicata, aut confecta non sunt *rel. pro Tullio* 38. — a Praetore postulare, ut adderet in iudicium INIURIA, et, quia non impetrasses, Tribunos plebis appellare *rel.* Vgl. Keller, Civilpr. S. 204 folg.

30) Der Titel *Dig.* 44, 6. *quarum rerum actio non datur* handelt nur von solchen, die, wenn sie sofort liquide sind, die Versagung der actio zur Folge haben.

31) *L. 23. § 1. D. de rei vind.* (6, 1). *Paul.* Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. *L. 43. L. 52. D. eod. L. 12. §§ 5. 6. L. 22. § 10. D. mandati* (17, 1). *L. 36. L. 77. § 2. D. leg.* 2, (31). u. s. w. Keller, Civilpr. Note 574. Ueber in factum actio im Allgemeinen s. unten § 98.

32) *L. 22. pr. D. de aqua et aq.* (39, 3). *L. 6. § 1. L. 11. D. comm. div.* (10, 3). *L. 14. § 1. D. de servo corr.* (11, 3) u. s. w. Keller cit. Note 575.

33) Z. B. die actio doli *L. 1. § 1. L. 9. § 5. L. 10. L. 11. D. de dolo* (4, 3), die actio iniuriarum in gewissen Fällen *L. 15. §§ 34. 43. 44. L. 17. §§ 10. 17. D. de iniur.* (47, 10).

34) *L. 26. § 4. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *L. 97. § 2. D. de verb. obl.* (45, 1).

c. Conceptio formularum.

§ 87. Da die Formula der Ausdruck des vom Kläger verfolgten Rechts und die Anweisung für den Judex ist, darauf seine Untersuchung zu richten, so mußte ihre Fassung (conceptio formulae) [1]) eine eben so mannichfaltige sein, als es klagbare Rechte giebt. Die allgemeinen Grundsätze darüber knüpft Gaius zunächst an die Eintheilung der Klagen nach ihren Hauptarten (genera actionum) [2]) und sodann an die Angabe ihrer regelmäßigen Bestandtheile (partes formularum) [3]) an. Ohne uns an diese Form seiner Darstellung zu binden, wird die Betrachtung der Sache nach ihrem innern Zusammenhang zu denselben Resultaten führen.

Jede Formula muß die Behauptung des Klägers enthalten, und dieser wesentliche Bestandtheil, der nie fehlen kann, heißt intentio [4]). Sie bezieht sich entweder auf das Recht des

1) *Gai.* IV. § 30. per concepta verba, id est per formulas. *Paul. lib. sing. de conceptione formularum. Inscr. L. 20. D. de except.* (44, 1). *L. 47. § 1. D. de neg. gestis* (3, 5). in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur u. s. w. Ueber die Sache vgl. Puchta, Instit. §§ 164—167. Savigny, System Bd. 5, besonders §§ 214 folg. Keller, Civilpr. §§ 39—44. Rudorff, Rechtsg II. §§ 29 folg. *Huschke, de actionum formulis, quae in lege Rubria exstant comm. Vratisl.* 1832. 4. deutsch bearbeitet in: Gaius, Beiträge, Leipz. 1855. 8. S. 263 folg.

2) *Gai.* IV. § 1. — *Superest ut de actionibus loquamur. Et si quaeramus*, quot genera actionum sint *rel.*

3) *Gai.* IV. § 36. Partes autem formularum [praecipu*ae* *em. Huschke* s. Note 13] hae sunt: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio. § 37. Demonstratio est *rel.* Praecipuae konnte Gaius diese 4 Haupttheile nennen, weil es noch andre außerordentliche giebt, als fictio § 96 Note 36, exceptio und praescriptio. § 99.

4) *Gai.* IV. § 41. Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit. Der Ausdruck desiderium entspricht der Sache insofern, als der Kläger seine Behauptung vom Beklagten anerkannt zu sehen verlangt. *Gai.* IV. § 157. actor est, qui desiderat —; reus is est, a quo desideratur. § 60. iuris contentio. S. Huschke, Gaius S. 165. *cf. L. 12. D. de except.* (44, 1). *Ulp.* — qui habet intentionem secundum id, quod intendit. Andre Stellen bei *Böcking Gai. ed.* IV. *add. p.* 343. Die Scholien zu den Basiliken sagen: *ἰντεντίων ἐστὶν ἡ ἐπίτασις* (von *ἐπιτείνω*, Anspannung) *ἤτοι τὸ διη-*

Klägers (in ius concepta), was nur bei Civilklagen möglich ist (iuris civilis intentio)[5]), weil nur diesen ein an sich (ipso iure) bestehendes Recht zum Grunde liegt; oder auf die die Klage begründenden Thatsachen (in factum concepta), welches die eigenthümliche Form der prätorischen Klagen ist[6]), weil bei diesen die Verurtheilung des Beklagten nicht durch Verweisung auf ein an sich bestehendes Recht, sondern nur durch den an jene Thatsachen sich knüpfenden Befehl des Prätors (iurisdictione Praetoris) bewirkt werden kann[7]).

Mit dem Recht des Klägers bei Civilklagen muß natürlich auch sein bestimmter Gegenstand (certum) in der Intentio angegeben werden[8]), also z. B. bei der Eigenthumsklage: FUNDUM CAPENATEM EX IURE QUIRITIUM EIUS ESSE, bei der Schuldklage: HOMINEM STICHUM oder SESTERTIUM X MILIA EI DARE OPORTERE; und da der Kläger eben diese seine Behauptung im Judicium beweisen muß, so ist die Fassung der Intentio für den Ausgang des Prozesses vorzugsweise entscheidend. Hat der Kläger in ihr einen falschen Gegenstand (aliud pro alio) in

γημα καὶ ἀφήγησις (Erzählung) τοῦ πράγματος. Vgl. *Theoph.* IV. 6. § 13. *ed. Reiske.* — Ueber das Vorkommen der intentio s. *Gai.* IV. § 44. Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis *rel.*

5) *Gai.* IV. § 45. Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus. quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium, aut nobis dare oportere, aut pro fure damnum decidere oportere, in quibus iuris civilis intentio est. Vgl. §§ 47. 60.

6) *Gai.* IV. § 46. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, sed initio formulae nominato eo quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur, qualis est formula *rel.* et denique innumerabiles eiusmodi aliae formulae in albo proponuntur. § 60. in ea (*sc. formula*), quae in factum concepta est, statim initio intentionis — loco res de qua agitur designetur *rel.* Im weitern Verlauf: quia in intentione plus posuisse videtur, wird dieser Theil auch in diesem Fall intentio genannt. Dennoch lese ich mit Bluhme (Zeitschr. für Rechtsg. III. S. 458 folg.) intentionis loco, d. h. nicht „anstatt", sondern „an der Stelle, die der Intentio gebührt", nicht mit Huschke modo. Näheres unten § 96 Note 47. 48.

7) Vgl. oben § 57 Note 2. 23. 25.

8) Vgl. § 86 Note 2.

Anspruch genommen, so muß er diesen Prozeß verlieren; die richtig gefaßte Klage aber, weil eine ganz andre, ist ihm nicht verloren[9]). Anders wenn er bei einer Sache oder Quantität zu viel (plus) oder zu wenig (minus) gefordert hat. Denn das Zuviel-geforderte kann der Judex ihm nicht zusprechen, und auch nicht zu weniger, was der Kläger etwa bewiesen hat, condemniren, weil er streng an die Formula gebunden ist; er muß also den Beklagten absolviren, und die nochmalige Klage ist ausgeschlossen, weil der quantitative Unterschied sie nicht zu einer andern macht[10]). Zu wenig zu fordern ist dagegen ohne Gefahr, weil es dem Kläger freisteht, seinen Anspruch zu theilen; er wird daher den geforderten Theil erlangen, und kann den Rest durch eine zweite Klage nachfordern. Um jedoch die hiernach mögliche Vervielfältigung der Prozesse zu verhüten, nöthigte der Prätor den Kläger zur Strafe durch eine exceptio litis dividuae, mit der zweiten Klage bis zum Amtsantritt seines Nachfolgers zu warten[11]).

Freilich, wo der Gegenstand des Klagrechts nicht von vorn

9) *Gai.* IV. § 55. Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari, eumque ex integro agere posse; — veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit *rel.*

10) *Gai.* IV. § 53. Si quis intentione plus conplexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit; — veluti si quis pro X milibus, quae ei debentur, XX milia petierit, aut si is, cuius ex parte res est, totam rem vel maiore ex parte suam esse intenderit. *rest. Huschke. Cic. pro Rosc. com.* 4. Iudicium est pecuniae certae. — SI PARET HS. QUINQUAGINTA MILIA DARE OPORTERE. hic, nisi planum facit HS. quinquaginta milia ad libellam sibi deberi, causam perdit. Diesem Hauptfall, wo re plus petitur, fügte die Jurisprudenz noch drei Modalitäten hinzu, nehmlich 2) tempore, zu früh, 3) loco, an einem andern als dem bestimmten Erfüllungsort, und 4) causa, durch Entziehung der Wahl, wo derselbe Erfolg, nehmlich nicht bloß der Verlust dieses Prozesses, sondern der Sache selbst aus gleichem Grunde eintritt. *Gai. cit. Paul. rec. sent.* I. 10. II. 5. § 3. III, 8. § 2. *Fr. Vat.* § 53. *Consultatio vet. ICti c.* 5. *Sueton. Claud.* 14.

11) *Gai.* IV. § 56. Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est: minus autem intendere licet; sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur: nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae. *cf.* § 122.

herein bestimmt ist (incertum), sondern erst durch die Untersuchung im Judicium bestimmt werden soll, muß auch die Formel und zwar in ihrem Haupttheil, der intentio, unbestimmt lauten (formula incerta), z. B. bei einer Schuldklage: QUIDQUID DARE FACERE OPORTET, worauf der Judex angewiesen wird, eben dieses zu ermitteln und darauf sein Urtheil zu richten. Alle jene Fehler und ihre Folgen sind natürlich hier nicht denkbar [12]). Allein, eben deshalb bedarf die Formula in diesem Fall, um den Prozeß in eine bestimmte Bahn zu leiten, noch der Ergänzung durch Angabe des Entstehungsgrundes des streitigen Rechts; und dieß ist die Bedeutung der demonstratio [13]), die der Intentio vorangeschrieben wird [14]), z. B. bei der actio venditi in den Worten: QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT [15]), bei der Klage aus einer stipulatio incerti: QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST [16]), bei der actio iniuriarum: QUOD

12) *Gai.* IV. § 54. Illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse, quia, cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oportet intendatur, nemo potest plus intendere *rel.* *cf.* § 131. formula, qua incertum petimus, cuius intentio his verbis concepta est: QUIDQUID *rel.* — illa incerta actione: QUIDQUID *rel.*

13) *Gai.* IV. § 40. Demonstratio est ea pars formulae, quae [praecipue *del. Huschke*; *cf.* Note 3; ob principio?] ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur, eine tautologische Definition, nicht viel besser, als die der intentio.

14) *Gai.* IV. § 60. — in ea quidem formula (*sc. depositi*), quae in ius concepta est, initio res de qua agitur demonstretur, tum designetur, deinde inferatur iuris contentio his verbis: QUIDQUID *rel.* Daher bei gewissen Klagen praescripta verba genannt. S. § 96 Note 99. Vgl. auch praescriptio in Note 23.

15) *Gai.* IV. §§ 40. 47. 59.

16) *Gai.* IV. §§ 136. 137. Savigny, System Bd. 5 S. 617 Note a behauptet, daß der wirkliche Gegenstand der Stipulation, z. B. possessionem tradi, insulam fabricari u. s. w., genannt worden sei. Allein dann hätte Gaius gewiß, wie beim dare, z. B. hominem Stichum, sestertium X milia u. s. w., ein solches Beispiel erwähnt und nicht incertum gesetzt. Bestätigt wird dieß durch *L. 20. L. 21. pr. D. de exc. rei iud.* (44, 2). Vgl. Keller Civilpr. Note 472. Die bestimmte Bezeichnung des seiner Natur nach unbestimmteren Gegenstandes hätte bei der stricti iuris Klage leicht den Verlust dieses Prozesses und dann einen zweiten Prozeß veranlaßt. S. Note 20.

AULO AGERIO A NUMERIO NEGIDIO PUGNO MALA PERCUSSA EST [17]). Sie enthält also immer eine Thatsache, die ihrer Natur nach wahr sein muß [18]) und im Judicium zu beweisen ist [19]); eben deshalb aber, wenn dieser Beweis mißlingt, zwar den Verlust dieses Prozesses zur Folge hat, weil das so bezeichnete Klagrecht gar nicht existirt; den Kläger aber nicht hindert, die Sache selbst mit einer zweiten, richtig bezeichneten Klage zu verfolgen. Dieß ist der Sinn der Rechtsregel, daß durch eine unrichtige Demonstratio, sie sei nun auf zu Viel oder zu Wenig oder ein Andres gerichtet, die Sache nicht verloren gehe [20]). Doch war deren Anwendung nicht unbestritten, indem Einige, nicht ganz consequent, annahmen, daß auch die thatsächliche Behauptung, welche in der Demonstratio enthalten ist, sich theilen lasse [21]); Andre bei infamirenden Klagen zur Strafe der unbegründeten Beschuldigung den Verlust der Sache selbst an die zu Viel umfassende Demonstratio knüpfen wollten [22]).

17) *Paul. in Coll.* II. 6. §§ 4. 5. *Gai.* IV. § 60.

18) Von der praescriptio, die loco demonstrationis der Formel eingerückt wird, sagt *Gai.* IV. § 134. in praescriptione de facto quaeritur, quod secundum naturalem significationem verum esse debet. *cf.* § 59. quia verum est in Note 21.

19) *Paul. in Coll.* II. 6. § 2. ut necesse habeat, aut unam nomine suo rem designare, aut plures ita complecti, ut omnes eas accidisse cogatur probare

20) *Gai.* IV. § 58. Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur, et ideo res in integro manet; et hoc est, quod dicitur falsa demonstratione rem non perimi.

21) *Gai.* IV. § 59. Sed sunt qui putant, minus recte comprehendi (*sc. demonstratione*): nam, qui forte Stichum et Erotem emerit, recte videtur (*sc. illis*, oder videatur, videri?) ita demonstrare: QUOD EGO DE TE HOMINEM EROTEM EMI, et si velit, de Sticho alia formula empti agat, quia verum est, eum qui duos emerit, singulos quoque emisse: idque ita maxime Labeoni visum est. Sed si is, qui unum emerit, de duobus egerit, falsum demonstrat. Die Meinung des Labeo scheint aus praktischen Gründen von Ulpian gebilligt *L. 33. D. de act. empti* (19, 1).

22) *Gai.* IV. § 60. Sed nos apud quosdam scriptum invenimus in actione depositi et denique in ceteris omnibus, quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum, qui plus quam oporteret, demonstraverit, litem perdere *rel.* Der Schluß der Stelle und die darin enthaltene Entscheidung ist unlesbar geblieben.

Daß die Demonstratio bei der formula incerta den Gegenstand des Judiciums (res in iudicium deducta) auf entscheidende Weise bezeichnet, zeigt sich auch in einer ihr hinzugefügten Clausel, um ihrer Stelle willen praescriptio genannt, durch welche der Kläger die aus dem angegebenen Schuldverhältniß fälligen Leistungen in Anspruch nimmt, die Klage wegen zukünftiger sich vorbehält [23]).

Bei prätorischen Klagen, wo die Demonstratio wegfällt, insofern die dem Recht des Klägers zum Grund liegende Thatsache, es sei nun ein Rechtsgeschäft oder ein Delict, in der Intentio (in factum concepta) genau bezeichnet wird, kommen natürlich die für diese geltenden Grundsätze über das zu Viel, zu Wenig oder ein Andres zur Anwendung [24]).

Ist das Recht des Klägers ein solches, dem schon durch bloße Anerkennung von Seiten des Beklagten genügt wird, wie z. B. bei Standesrechten (status) [25]), und als ein solches wird jetzt auch die Stellung in der Familie (status familiae) behandelt [26]), so bedarf es keines andern Theils der Formula als der intentio. Denn in dieser ist eben jenes Recht, dessen Anerkennung der Kläger verlangt, bezeichnet, und durch

23) *Gai.* IV. §§ 130—132. *Cic. de Or.* I. 37. *de fin.* II. 1. Vgl. Keller, Civilpr. § 41.

24) Ausdrücklich bezeugt nur für das plus. *Gai.* IV. § 60. cum — in ea (*sc. formula*), quae in factum concepta est, statim initio intentionis loco res, de qua agitur, designetur his verbis: SI PARET ILLUM APUD ILLUM REM ILLAM DEPOSUISSE, dubitare non debemus, quin si quis in formula, quae in factum composita est, plures res designaverit quam deposuerit, litem perdat, quia in intentione plus posuisse videtur *rel.* Ueber die Wirkung des aliud pro alio kann kein Zweifel sein, s. Note 9. Aber auch für das minus glaube ich nicht den Grundsatz der demonstratio Note 18. 20, sondern den der intentio in ius concepta Note 9, der ja selbst für jene von Einigen behauptet wurde, s. Note 21, annehmen zu müssen.

25) Die status quaestio de libertate wird nicht mehr, wie in der Zeit der Legis Actiones bei Gelegenheit der Vindication des Sklaven, sondern selbständig als praeiudicium behandelt. S. unten § 97.

26) Vgl. *Gai.* I. § 162. *Paul. L. 11. D. de capite min.* (4, 5). Früher wurde die patria potestas vindicirt; jetzt wird über den status familiae des Kindes durch ein praeiudicium entschieden. *L. 1. § 2. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 9. C. I. de patr. pot.* (8, 47). Vgl. unten § 97.

die Bestellung zum Richter über diese Sache in den Worten TITIUS IUDEX ESTO ist der Geschworne angewiesen, nach Befund dieses Recht dem Kläger zu- oder abzusprechen. Für Klagen dieser Art genügt daher eine formula praeiudicialis [27]). Bei allen Klagen des Vermögensrechts aber muß der Kläger wünschen, daß er auch in die Ausübung seines Rechts gesetzt oder darin geschützt, und daß dem Beklagten die entsprechenden Leistungen vom Richter auferlegt werden. Dieß macht einen neuen Theil der Formula nothwendig, durch welchen der Judex angewiesen wird, wenn ihm das Recht des Klägers begründet erscheint, den Beklagten zu einer Leistung zu verurtheilen; wenn nicht, diesen von der Klage zu entbinden. Dieser Theil heißt condemnatio [28]). Er schließt sich an die gewöhnlich mit den Worten SI PARET bedingt gefaßte intentio [29]) als alternative Folgerung an und lautet: IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO — CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE [31]).

Was den Gegenstand der Condemnatio, d. h. der Anweisung zur Verurtheilung des Beklagten betrifft, so scheint dieser je nach dem verschiedenen Klagrecht ein verschiedener und mit dem Gegenstand der Intentio identisch sein zu müssen. Allein Gaius bezeugt ausdrücklich, daß die Condemnatio in allen Formeln, die eine solche haben, also bei allen Vermögensklagen,

27) *Gai.* IV. § 44. — intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur, aliquis libertus sit *rel.* Ueber deren Fassung s. unten § 97.

28) *Gai.* IV. § 43. Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur.

29) S. die Formeln *Gai.* IV. §§ 4. 34. 37. 41. 46. 86. *Cic. Verr.* II. 12. u. A. Die intentio incerta QUIDQUID DARE FACERE OPORTET kommt mit PARET *Gai.* IV. §§ 41. 131. und ohne dasselbe vor *Id.* §§ 47. 60. 136., wo Huschke, Gai. S. 165 es einrückt. Es wird subintelligirt. *L. 37. D. de verb. sign.* (50, 16). *Paul.* Verbum OPORTERE non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad rei veritatem. Ueberdieß liegt die Bedingung in dem QUIDQUID.

30) *Gai. cit.* Note 28. velut haec pars formulae: IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA: SI NON PARET ABSOLVE. Sollte das Letzte aus Versehen weggeblieben sein, so hat der Judex doch beiderlei Macht. *L. 3. D. de re iud.* (42, 1). *L. 37. D. de reg. iur.* (50, 17).

was auch ihr Gegenstand sei, auf Geld gerichtet werde [31]), und daß der Judex allemal, wenn er condemnire, den Beklagten zur Zahlung einer bestimmten Summe Geldes verurtheilen müsse [32]). Abgesehen von den Schuldklagen auf eine bestimmte Summe Geldes (certa pecunia), wo es sich von selbst versteht, daß auch die Condemnatio (cond. certae pecuniae) [33]) und das condemnatorische Urtheil des Richters auf dieselbe Summe gerichtet werden muß [34]), wird also der Judex durch die Condemnatio (cond. incertae pecuniae) angewiesen, den Gegenstand der Klage zu schätzen und den Beklagten zu dem also bestimmten Geldwerth (litis aestimatio) zu verurtheilen [35]). Jene Schätzung wird ihm entweder ohne alle Einschränkung überlassen (cond. infinita) oder auf ein in der Condemnatio angegebenes Maximum (cond. cum taxatione)

31) *Gai.* IV. § 48. Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. S. Note 36.

32) *Gai.* IV. § 52. iudex, si condemnat, certam pecuniam condemnare debet. *cf. L. 4. § 3. D. de re iud.* (42, 1).

33) *Gai.* IV. § 49. Condemnatio autem vel certae pecuniae in formula ponitur vel incertae. § 50. Certae pecuniae in ea formula, qua certam pecuniam petimus; nam illic ima parte formulae ita est: IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM DECEM MILIA CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE.

34) *Gai. cit.* Note 32. Debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa petita condemnet: alioquin litem suam facit.

35) Deshalb beginnt die Condemnatio bei der Formula incerta: QUIDQUID DARE FACERE OPORTET u. s. w., nicht mit ID, sondern EIUS. *Lex Rubr. c.* 20. *v.* 37. *Gai.* IV. §§ 47. 51. Huschke, Gaius S. 233 folg.

36) *Gai.* VI. § 51. Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet. est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione: velut si incertum aliquid petamus. nam illic ima parte formulae ita est: EIUS, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUNTAXAT X MILIA CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE. diversa est, quae infinita est, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum: nam illic ita est: QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE. *cf. Festus* v. *taxat.* Die taxatio kam also nur bei Klagen auf ein incertum vor (*Lex Rubr. c.* 20. *v.* 37.); nicht bei actiones arbitrariae auf Restitution, weil bei diesen der Kläger sein Interesse durch ius iurandum in litem bestimmen konnte. S. § 94 Note 68.

beschränkt[36]). Der Sinn dieses wichtigen Grundsatzes, den Gaius als dem Formularprozeß eigenthümlich bezeichnet[37]), ist, daß es nicht mehr, wie in der Zeit der Legis Actiones, nach Entscheidung der Hauptsache noch einer besondern Liquidationsinstanz (arbitrium liti aestimandae) bedürfen[38]), sondern der Geschworne von vorn herein auch dafür instruirt sein und die Sache zur sofortigen Execution reif machen soll. Wie dieß mit dem Recht des Klägers ausgeglichen wurde, wenn der Gegenstand seines Rechts das Geben einer Sache oder ein Thun ist, wird bei den einzelnen Klagarten nachzuweisen sein. Hier schon ist aber zu bemerken, daß überall, wo der Kläger sein Eigenthum verfolgt und ihm nicht zugemuthet werden kann, seine Sache gegen einen billigen Kaufpreis dem Beklagten zu überlassen[39]), die Condemnatio den Zusatz: NISI RESTITUAT erhält[40]), wodurch der Judex angewiesen wird, zunächst den Beklagten zur Restitution aufzufordern (arbitrium oder arbitratus de restituendo)[41]) und wenn er sie verweigert oder sie böswillig unmöglich gemacht hat, ihn zu mehr als dem gewöhnlichen Interesse, nehmlich zu so viel zu condemniren, als die Sache dem Kläger nach seiner eidlichen Versicherung (ius iurandum in

Vgl. *Huschke*, *Exc. de taxationibus in Analect. p.* 253—276. Gaius S. 237.

37) *Gai. cit.* Note 31. itaque etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat. *L. 13. § 1. D. de re iud.* (42, 1).

38) S. oben § 53. Note 8. 9.

39) *Arg. L. 70. D. de rei vind.* (6, 1). *Pomp.* — ne in potestate cuiusque sit, per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare. *L. 25. § 1. D. sol. matr.* (24, 3). *Paul.* — damnandum eum, quanti mulier in litem iuraverit: quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat.

40) *Cic. Verr.* II. 12. — NEQUE IS FUNDUS Q. CATULO RESTITUETUR. *cf. Gai.* IV. § 47. CONDEMNATO, NISI RESTITUAT.

41) *L. 68. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp.* Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. *L. 35. § 1. D. eod. Paul.* rem arbitrabitur iudex mihi restitui. *Gai.* IV. § 163. iudicis arbitrio si quid restitui — debeat. *§ 31. I. de act.* (4, 6). *Festus epit.* v. *arbitrium M. p.* 15.

litem) werth ist, eine Strafe, die den Beklagten in der Regel zur Herausgabe der Sache bestimmen wird [42]). Die Condemnatio in der Formel war hier natürlich unbeschränkt (infinita, sine taxatione) [43]). Der Prätor dehnte diese Behandlungsweise durch actiones in factum conceptae auf Fälle der Restitution im weiteren Sinn [44]) und auf die die Restitution vorbereitende Exhibition aus. Für alle so gefaßten Formeln ist der technische Name actio oder formula arbitraria [45]).

Auch die Condemnatio, obgleich vorzugsweise ein an den Judex gerichteter Befehl des Prätors, wird von dem Kläger gefaßt und entspricht insofern dem Petitum unsrer Klagschrift. Die Wirkungen einer fehlerhaften Fassung, das Zuviel oder Zuwenig, was natürlich nur bei der certa condemnatio möglich ist, hängen damit zusammen, daß die Condemnatio nur die Folge der Intentio bestimmt. Das Zuviel gereicht dem Beklagten zum Nachtheil, wenn er, ehe die Formel bindend wurde, es zu rügen versäumte; denn auf dem Grunde der richtig gefaßten und erwiesenen Intentio wird der Kläger ein Urtheil auf dieses Mehr erlangen. Umgekehrt erleidet der Kläger durch das Zuwenig in der Condemnatio aus demselben Grunde einen Verlust. In beiden Fällen kann die Verbesserung der Formula nach der Litiscontestation nur durch in integrum restitutio erlangt werden, die der Prätor aus doppeltem Grunde leichter dem Beklagten, als dem Kläger gewährt [46]).

42) *L. 1. D. de in litem iur.* (12, 3). *Ulp.* — crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per ius iurandum in litem: — ex contumacia aestimatur ultra rei pretium. *cf. L. 2. pr. § 1. D. eod.*

43) *Gai.* IV. § 51. diversa est (*sc. condemnatio*), quae infinita est, veluti si rem aliquam a possidente nostram esse petamus. Hieraus erklärt sich in *L. 68. D. de rei vind.* (6, 1). — sine ulla taxatione (*sc. Praetoris*), während der Geschworne vermöge seines freien Arbitriums vor der Ableistung des Eides den Mißbrauch dieses Rechts durch Bestimmung eines Maximums (taxatio) verhüten (*L. 4. § 2. L. 5. § 1. D. de in lit. iur.* 12, 4.), auch ex magna causa vom Eide abgehen konnte. *L. 4. § 3. L. 5. § 2. L. 11. D. eod.*

44) Z. B. actio quod metus causa und de dolo malo.

45) Vgl. unten § 94.

46) *Gai.* IV. § 52. At si in condemnatione plus positum (*cod.* petitum) sit, quam opor-

Außer den drei bisher betrachteten Bestandtheilen der Formula nennt Gaius noch einen vierten, die adiudicatio[47]), die von äußerst beschränkter Anwendung ist. Bei den Theilungsklagen (iudicia divisoria), deren Zweck die Aufhebung einer wirklichen oder fingirten Gemeinschaft ist[48]), muß dem Judex zu diesem Behuf die Macht verliehen werden, durch seinen Ausspruch das Recht des Einen auf den Andern zu übertragen, d. h. eben zu adjudiciren, und Diesen Jenem zu einer angemessenen Entschädigung zu condemniren oder umgekehrt. Auch sonst können gegenseitige Leistungen, Früchte, Schadensersatz u. s. w. eine Condemnation veranlassen[49]). Die Befugniß zu dem Einen und Andern, nach seinem freien Ermessen, wird dem Judex durch die Adjudicatio[50]) und Condemnatio in der Formula ertheilt[51]). Auch eine Intentio und, weil diese incerta war, eine Demonstratio konnte nicht fehlen; so daß

tet, actoris quidem periculum nullum est; sed reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. si vero minus positum fuerit, quam oportet, hoc solum actor consequitur, quod posuit: nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest. nec ex ea parte Praetor in integrum restituit: facilius enim Praetor reis succurrit, quam actoribus. loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum; nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis Praetor succurrit. *cf.* § 68. Nicht bloß die allgemeine Begünstigung des Beklagten (*L. 125. D. de reg. iur.* 50, 17. *Gai.*), sondern auch der Umstand, daß der Kläger die Formula faßt (*arg. L. 38. § 18. D. de verb. obl.* 45, 1), begründet die verschiedene Behandlung.

47) S. oben Note 3.

48) Jenes bei der actio familiae erciscundae und communi dividundo, dieses bei der actio finium regundorum, wenn die Grenze unerweislich oder unbequem ist. *L. 2. § 1. L. 3. L. 4. pr. D. fin. reg.* (10, 1). *§ 6. I. de off. iud.* (4, 17).

49) *§ 20. I. de act.* (4, 6). *§§ 4—7. I. de off. iud.* (4, 17).

50) *Gai.* IV. § 42. Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare, velut si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum; nam illic ita est: QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX TITIO ADIUDICATO. *Huschke*: AUT SEIO. Keller: ALTERI AB ALTERO.

51) Wie die Adjudicatio mit der Intentio und Condemnatio verbunden war, wissen wir nicht. Keller, Civilpr. S. 158 und Note 458. Rudorff, Rechtsg. II. S. 97.

also diese, aber auch nur diese Formula alle vier Hauptbestandtheile enthielt, während sonst regelmäßig nur zwei oder drei derselben zusammen vorkamen und nur in dem Einen oben erwähnten Fall, in der Formula präjudicialis, die Intentio allein stand[52]).

Endlich ist im Allgemeinen noch zu bemerken, daß die Fassung der einzelnen Formeln im Lauf der Zeit manche Aenderung erfuhr, insbesondre durch Entfernung überflüssiger Worte abgekürzt, so wie durch Substituirung eines treffendern Ausdrucks verbessert wurde[53]).

d. Genera actionum.

1) In rem actiones.

§ 88. Die Hauptarten der Klagrechte (genera actionum) und der prozessualische Ausdruck ihrer verschiedenen Natur in der Formula sind für uns dadurch von so hohem Interesse, daß sie einen Einblick in das römische System der Rechte selbst gewähren. Vor Allem gilt dieß von der allgemeinsten und wichtigsten Eintheilung, die Gaius mit Recht an die Spitze stellt, der in rem und in personam actiones[1]).

52) *Gai.* IV. § 44. Non tamen istae omnes partes simul [*Huschke* in omnibus formulis?] inveniuntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis —; demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio nunquam solae inveniuntur: nihil enim demonstratio sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio vel adiudicatio sine demonstratione vel intentione nullas vires habet: ob id nunquam solae inveniuntur. Ich hoffe mit Bluhme, Zeitschr. für Rechtsg. Bd. 3 S. 457 folg., daß durch diese von Unterholzner, Bremer und ihm selbst vorgeschlagene, mich vollkommen befriedigende Emendation „die unglückliche Stelle Ruhe finden wird."

53) Vgl. z. B. *L. 1. L. 3. pr. D. quod metus causa* (4, 2). *Cic. Verr.* III. 65. *Keller Sem.* II. *p.* 311. Note 31.

1) *Gai.* IV. § 1. *Superest, ut de actionibus loquamur. et si quaeramus* (ob quaerentibus? *cf. Gai. L. 5. D. de publican.* 39, 4.) quot genera actionum sint, verius videtur, duo esse, in rem et in personam. Noch bestimmter *§ 1. I. de act.* (4, 6), ohne Zwei-

Denn sie entspricht der von den Römern schon ursprünglich so klar erkannten und zu aller Zeit scharf durchgeführten, fruchtbaren Unterscheidung des dinglichen oder absoluten Rechts und der Schuldforderung. Hier zuerst von den in rem actiones.

Wie die legis actio in rem oder vindicatio der bezeichnende Ausdruck für die Eigenthumsklage, dann nach deren Analogie für die Erbrechts- und Servitutenklagen u. A. war, haben wir gesehen. Inwiefern gilt dasselbe jetzt für die Formula der in rem actio? die den Namen vindicatio nur noch um jener älteren Prozeßform willen trägt[2]).

I) Zuvörderst ist daran zu erinnern, daß die legis actio in rem selbst, wenn die Sache vor die Centumvirn gebracht werden sollte, auch jetzt noch in Gebrauch war[3]). Zu Cicero's Zeit, also nach der Lex Aebutia, war dieß noch für die Eigenthums-, Servituten- und Erbrechtsklage und einige andre der Fall[4]). In der Zeit der classischen Juristen, nachdem die lex Iulia iudiciorum privatorum die Competenz des Centumviralgerichts neu geordnet und die Anwendung der Legis Actiones noch mehr beschränkt hatte, ist es bestimmt nachweislich für Erbschaftssachen, insbesondre die querela inofficiosi testamenti[5]), vielleicht auch für die Eigenthumsklage, namentlich an Grundstücken[6]).

sel aus einem classischen Juristen genommen: Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Inwiefern sie eine erschöpfende Eintheilung ist, wird sich am Schluß dieses Abschnitts zeigen.

2) *Gai.* IV. § 5. Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones. *Ulp. L.* 25. *pr. D. de obl. et act.* (44, 7).

3) *Gai.* IV. § 31. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti, et si centumvirale iudicium fit. *Gell.* XVI. 10, 8. XX. 10, 1.

4) *Cic. de or.* I. 38. *Verr.* I. 45.

5) S. oben § 64. Note 20—25.

6) Insofern *Gai.* IV. § 95. auf diese bezogen werden darf, die in §§ 91—94. bestimmt unter in rem actio verstanden wird. Auch *Gell.* XX. 10, 1. 9. scheint die vindiciae bei der Vindication von Grundstücken als noch in Uebung zu bezeichnen. Vgl. Wetzell, röm. Vindicationsprozeß S. 76 und *Paul.* V. 9. § 1.

Daß das Verfahren irgend wesentliche Aenderungen erfahren habe, ist bei der Achtung der Römer vor alten Formen an sich nicht wahrscheinlich und die Quellen zeugen für das Gegentheil. Es wurde also noch immer:

1) der Scheinkampf (manus conserere) um die Sache vor dem Prätor vollzogen[7]) und nach seinem Ermessen über den Besitz während des Prozesses zu Gunsten Einer Parthei (vindicias dicere secundum alterum eorum) und damit über die Partheirollen entschieden[8]). Schon vor Cicero war jedoch durch Gerichtsgebrauch für Grundstücke ein von den Zwölf Tafeln etwas abweichendes Verfahren eingeführt und dieses selbst abermals nach dem praktischen Bedürfniß modificirt worden. Buchstäblich nach der Vorschrift des Gesetzes (si qui in iure manum conserunt) mußte der Prätor sich mit den Partheien zu dem Grundstücke hin verfügen, hier in seiner Gegenwart jenen Scheinkampf vollziehen lassen und den Besitzstand sofort reguliren[9]). Daß die symbolische Gewalt nach der Natur des Objects einen anderen Charakter als bei einer beweglichen Sache, nehmlich den einer versuchten Vertreibung aus dem Grundstück (deiectio), die jedoch der Prätor durch seinen Befehl inhibirte, haben mußte, ist früher angedeutet worden[10]). Als dann der erweiterte Gerichtssprengel und die Ueberhäufung mit Geschäften dem Prätor solche Reisen unmöglich machten, wurde die Instructionsverhandlung zwar vor ihm begonnen, dann aber begaben sich die Partheien nach der Aufforderung des Einen und dem Befehl des Prätors allein an Ort und Stelle, um den Scheinkampf an der Sache zu beginnen (ex iure manum consertum vocare), und kehrten dann mit einer Scholle oder Ziegel zurück, um ihn an diesem Symbol nach der Vorschrift des Gesetzes vor Gericht (in iure) zu vollenden[11]). Noch

7) *Gell. cit.* § 9.

8) *Gell. cit.* § 1. cum — vindiciae contenduntur.

9) *Gell. cit.* § 8.

10) S. oben § 40 Note 17.

11) So in der Zeit des Ennius. *Gell. cit.* §§ 3. 10. Keller, Zeitschr. für gesch. RW. XI. S. 292 Note 7 bezieht die Formel: ex iure manum consertum vocare irrthümlich auf die älteste Zeit.

später, zu Cicero's Zeit, gingen die Partheien vorher zu dem Grundstück, um sich von der Identität des Streitgegenstandes zu überzeugen und eröffneten dann erst die Instructionsverhandlung in iure mit symbolischem Hin- und Hergehen und Kämpfen um die Scholle[12]). Daß auch jetzt noch der Scheinkampf an dem Grundstück selbst begonnen und der Termin, in welchem die Partheien sich vor dem Prätor wieder treffen wollten, durch Vadimonium verabredet wurde, ist zwar nicht bezeugt, aber durch die Natur der Sache und das verwandte Verfahren bei der Sponsionsklage wahrscheinlich[13]). Ueber den Besitzstand war damit noch nicht entschieden; denn dessen Regulirung erfolgte ja erst nachher durch den Prätor.

2) Befestigt wurde der Rechtsstreit durch eine Wette (sponsio) in der Form des alten Sacramentum[14]), welches aber jetzt mit Rücksicht auf den höheren Werth der Centumviralsachen immer 1000 As oder 125 Sesterzen betrug[15]) und dessen Zahlung an das Aerar im Unterliegungsfalle beide Theile durch Bürgen (praedes) sicherten[16]). Eben solche in ältester

12) *Cic. pro Murena* 12.

13) Insoweit halte ich also Savigny's Ansicht, Vermischte Schriften Bd. 1. S. 301 folg. für richtig. Vgl. unten § 89 Note 9—11.

14) *Gai.* IV. § 31. — cum ad Centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud Praetorem urbanum vel peregrinum.

15) *Gai.* IV. § 95. Ceterum si apud Centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provocamus; eaque sponsio sestertiorum CXXV nummorum fit, scilicet propter legem *rel. desunt.* Sponsio ist hier nicht = sponsus, die Stipulation dare spondes? spondeo, sondern heißt Wette (*L. 3. D. de aleat.* (11, 5). *L. 17. § 5. D. de praescr. verbis* 19, 5.), die Prozeßwette, welche beim Sacramentum so gut wie bei der sponsio im engeren Sinn ein periculum begründete (*Gai.* IV. §§ 13. 141. 162.); und Gaius bedient sich dieses Ausdrucks, weil er vorher § 91 nur zwei Arten der in rem actio angekündigt, per sponsionem und per formulam petitoriam = arbitrariam. Dieß aber that er, weil das prätorische Edict nur diese zwei Formen enthielt. S. Rudorff, Zeitschr. für Rechtsg. IV. S. 112. Vgl. die ausführlichere Begründung in Zeitschr. f. gesch. RW. V. S. 387 folg. und dagegen Stintzing, Ueber das Verhältniß der legis actio sacramenti zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis. Heidelb. 1853. § 8. — Für den Betrag des Sacramentum *Gai.* IV. § 14. *Volus. Maec. de asse* 46.

16) *Gai.* IV. § 14. Waren doch die praedes auch sonst noch bei

Form (praedes) bestellte der Besitzer wegen Herausgabe der Sache und ihrer Früchte an den Kläger noch zu Cicero's Zeit [17]), später eine deren Stelle vertretende Satisdation [18]).

Die Grundsätze, nach welchen der Besitzstand und die Partheirollen geordnet wurden (vindicias dicere), waren die alten. Insbesondre konnte bei der hereditatis petitio auch jetzt durch die Einweisung des prätorischen Erben in den Besitz der Erbschaft dieser Frage präjudicirt werden [19]). Damit ist aber nicht zu verwechseln die bonorum possessio litis ordinandae gratia, die der Kläger mit der querela inofficiosi nur agnoscirte, um den Legitimationspunct zu berichtigen, ohne auf den Besitz selbst Anspruch zu machen [20]).

§ 89. II) Nach Einführung der Formulae, also nach der Lex Aebutia, wünschte man aber auch diese leichtere Prozeßform, wodurch die Sache zur Entscheidung Eines Judex kam, für Vindicationen anwendbar zu machen. Wie war dieß möglich? Für Schuldklagen, die allemal eine Leistung des Beklagten, Geld oder Geldeswerth, zum Gegenstand haben, war die Formula, die sich am nächsten an die entsprechenden Legis Actiones anschloß [1]), nehmlich: SI PARET —, CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE, durchaus passend. Nicht so für die in rem actio, wo es zunächst gilt, das Recht des Klägers zur Anerkennung zu bringen und wo dann erst die Restitution der Sache sammt Früchten in Frage kommt. Für das Erste bot sich die längst

allen Verpflichtungen gegen den Staat im Gebrauch. S. § 30 Note 42 und § 81.

17) *Cic. Verr.* I. 45. (s. § 89 Note 7) setzt die legis actio und die stipulatio pro praede litis et vindiciarum einander entgegen.

18) Nach *Gai.* IV. §§ 91. 94. scheint bei den Vindicien diese neuere, der Privatverpflichtung entsprechendere Form stattgefunden zu haben.

19) S. § 42 Note 7. Vgl. § 89 Note 17. § 91 Note 17.

20) *L. 2. C. I. de inoff. test.* (3,29). *L. 6. § 2. L. 8. pr. § 1. D. eod.* (5, 2). *cf. L. 62. D. de iudiciis* (5. 1). Rudorff, Rechtsg. II. § 57 Note 33. Zeitschr. für Rechtsg. IV. S. 113. — War dieß oder die Stipulation Note 18 die Veranlassung, der Centumvirn im Edict zu gedenken? *Val. Prob.* § 5. — In edictis perpetuis haec: — 15. C. V. = centumviri. Die Legis Actio kam im Edict nicht vor.

1) S. oben § 44 Note 31.

übliche Wette durch Stipulation (sponsio) als das einfachste Auskunftsmittel dar, zu deren Eingehung der Prätor den Beklagten nöthigte [2]) und aus welcher der Kläger dann die stipulirte Summe mit der gewöhnlichen Formel der condictio certi: SI PARET DARE OPORTERE einklagte [3]). Nicht um sie wirklich einzuziehen, sondern nur um unter dieser Form die Entscheidung über sein Eigenthum herbeizuführen; die Sponsio war nicht pönal, sondern nur präjudicial [4]). Eine zweite Stipulation mit Bürgen sicherte dann dem Kläger auch in diesem Fall die Restitution der Sache mit Früchten (stipulatio pro praede litis et vindiciarum) [5]), und die Klage daraus genügte, um den Beklagten entweder zu dieser Leistung zu vermögen oder dem Kläger vollen Schadensersatz zu verschaffen [6]). Zu Cicero's Zeit scheint der Kläger zwischen dieser in rem actio per sponsionem und der Legis Actio, also auch

2) Ursprünglich war die Sponsio doch wohl Sache freier Uebereinkunft. Vgl. § 24 Note 26. Nachdem der Prätor aber sie in seinem Edict vorgeschrieben, konnte der Kläger den Beklagten dazu provociren und die Leistung wurde als Theil der iusta defensio erzwungen. *Cic. Verr.* I. 45. ex edicto urbano: Si de hereditate ambigitur, et possessor sponsionem non faciet. *Lex Rubria c.* 22. sei sponsionem fierei oportebit, sponsionem non faciet *rel.* Ob die Lex Aebutia den Prätor dazu ermächtigte, wie ich früher annahm, steht dahin. Vgl. Rudorff, Rechtsg. II. S. 134.

3) *Gai.* IV. § 93. Per sponsionem vero hoc modo agimus. provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO, QUO DE AGITUR, EX IURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? deinde formulam edimus, qua intendimus summam sponsionis nobis dare oportere. qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.

4) *Gai. cit.* § 94. Non tamen haec summa sponsionis exigitur: nec enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur: unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur.

5) *Cic. Verr.* I. 45. in Note 7. *Gai.* IV. §§ 91. 94. *Paul. in Fr. Vat.* § 336. *Val. Prob.* § 5. In edictis perpetuis haec: — 22. P. P. L. V. = pro praede litis vindiciarum.

6) Ich sehe nicht ein, warum Keller, Civilpr. § 27 S. 104 folg. ein arbitrium liti aestimandae hier nöthig findet. Die Stipulation selbst ging auf die Sache und das in den Zwölf Tafeln vorgeschriebene Duplum der Früchte. *Paul.* V. 9. § 2. I. 13[b]. § 8. *L. un. pr. C. Th. de usur. rei iud.* (4, 19). Vgl. maiores fructus in *L. 6. § 7. D. mandati* (17, 1). *L. 12. § 1. D. de distr. pign.* (20, 5).

zwischen der Entscheidung durch Einen Judex oder durch die Centumvirn die Wahl gehabt zu haben [7]), die dann wahrscheinlich durch die Competenzbestimmung der lex Iulia iudiciorum privatorum ausgeschlossen wurde.

Wie aber wurde bei dieser Sponsionsklage die Identität des streitigen Objects constatirt? wie der Besitzstand für die Dauer des Prozesses regulirt?

Eine Combination der Legis Actio als Ganzes mit dem Formularprozeß zu diesem Behuf halte ich nicht für möglich. Allein die einfachste Art, sich über den Streitgegenstand zu verständigen, war allerdings auch jetzt, daß die bewegliche Sache von dem Besitzer vor Gericht vorgezeigt wurde, und bei einem streitigen Grundstück, daß die Partheien sich an Ort und Stelle verfügten. Jenes, was früher durch das Imperium des Prätors bewirkt worden war, konnte der Kläger jetzt durch die prätorische actio ad exhibendum erzwingen [8]) und sich dann, natürlich ohne Scheinkampf und feierliche Worte, durch den Augenschein überzeugen, ob es seine Sache sei. Auch bei dem Streit um ein Grundstück fiel die eigentliche Legis Actio, die mit der Sponsionsklage unverträglich war, weg. Aber die Partheien begaben sich zu jenem Behuf zu dem Grundstücke hin und vollzogen nach altem Brauch die Scheindejection (deductio moribus) [9]) mit keinem andern Erfolg, als daß derjenige,

7) Wenn *Cic. Verr.* I. 45. für einen bestimmten Fall sagt: lege ageret in hereditatem aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret, so scheint mir noch immer die natürlichste Auslegung, daß die Entscheidung zwischen diesen beiden Wegen von der Willkühr des Klägers abhing. Dernburg, hereditatis petitio S. 5 folg. nimmt an, der Beklagte habe auf Erkenntniß der Centumvirn provociren können.

8) *L. 1. L. 2. D. ad exh.* (10, 4). *L. 1. § 32. L. 33. D. depositi* (16, 3). *L. 1. pr. D. de priv. del.* (47, 1). *L. 38. pr. D. de peculio* (15, 1).

9) *Cic. pro Caec.* 7. homini (= *Caecinae*) Romae in foro denuntiat, fundum illum — suum esse, seque sibi emisse. — Cum hoc novae litis genus — intenderet, placuit Caecinae de amicorum sententia constituere, quo die in rem praesentem veniretur, et de fundo Caecina moribus deduceretur. Colloquuntur: dies ex utriusque commodo sumitur. — c. 8. Caecina ad eum

der nach Uebereinkunft den Andern dejicirt oder deducirt hatte, gleichsam als Besitzer oder Beklagter, wie früher das Vadimonium bestellte[10]). Denn über den wirklichen Besitz und die Partheirollen war damit in keiner Weise entschieden[11]).

Kam es hierüber vor Gericht zum Streit, der vor Allem entschieden werden mußte, weil der Nichtbesitzer als Kläger zur Sponsion zu provociren und in Folge dessen den Beweis des Eigenthums zu übernehmen hatte[12]), so war auch wieder die Legis Actio (vindicias contendere, dicere) nicht anwendbar, überdieß dem prätorischen Edicte fremd. Aber eine andre Form, welche die neuere Zeit hervorgebracht, war dafür durchaus passend. Der Prätor hatte schon früher, wenn der Besitzer eines Grundstücks in seinem Besitz bedroht wurde, durch ein Gewaltverbot: UTI EUM FUNDUM POSSIDETIS, QUO MINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO, ihn geschützt und im Fall des Zweifels die Besitzfrage als Vorbedingung fernerer Polizeimaßregeln selbst kurzer Hand entschieden[13]). Jetzt pflegte er bei die-

fundum profectus, ex quo ex conventu vim fieri oportebat. *c.* 10. 11. — cum ad constitutam diem, tempusque venisset, ut ius ac deductio moribus fieret. *c.* 12. — qui ad constitutum experiundi iuris gratia venissent. Nur insofern stimme ich Keller, Zeitschr. für gesch. RW. XI. 9. S. 287 folg. *Sem.* I. 2. *p.* 369. *sqq.* bei, daß die deductio als selbständiger Gebrauch der Sponsionsklage eigenthümlich war. Vgl. Wetzell, röm. Vindicationspr. S. 85.

10) *Cic. pro Tullio* 20. Ad villam erat Tullius. appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur. dicit deducturum se Tullius; vadimonium Romam promissurum. manet in ea condicione Fabius. mature disceditur.

11) Nicht für den Besitz des Deducirten; obgleich Cicero, aber sichtlich ohne Vertrauen auf dieß Argument, dieß behauptet. *pro Caec.* 1. si facta vis esset moribus (*sc. ab Aebutio*), superior in possessione non fuisset. 32. Postea cur, Aebuti, de isto potius fundo, quam de alio, si quem habes, Caecinae denuntiabas, si Caecina non possidebat? ipse porro Caecina cur se moribus deduci volebat, idque tibi de amicorum, etiam de ipsius C. Aquilii sententia responderat? At enim Sulla legem tulit *rel.* Ebensowenig für den Besitz des Deducirenden, sonst würde Fabius dem Tullius nicht so leicht darin nachgegeben haben. S. Note 10. In beiden Fällen suchte der Gegner erst durch Gewalt sich in Besitz zu setzen. Anders Keller cit. S. 295 folg.

12) S. Note 3.

13) S. oben § 54.

sem interdictum UTI POSSIDETIS, wie bei andern Interdicten, die Sache auf Verlangen der Partheien in den Rechtsweg zu leiten und die förmliche Untersuchung, für die es ihm an Zeit gebrach, durch eine auf das Interdict gegründete Formula einem Judex zu überweisen [14]). In einem solchen Judicium war die gedrohte oder wirklich vorgekommene Gewalt nur ein Nebenpunkt; die Entscheidung über die Rechtsfrage, wer Besitzer sei, die Hauptsache. Eben deshalb konnte nun, auch wo von Gewalt überhaupt keine Rede war, also namentlich wenn die Partheirollen im Vindicationsprozeß streitig waren, zur Vorbereitung desselben die Besitzfrage durch Erlaß des Interdicts und ein darauf gegründetes Judicium entschieden werden. Daß dieß in späterer Zeit selbst die häufigste Anwendung des Interdicts war, steht fest [15]). Ich zweifle aber nicht, daß der Prätor sich schon seit Einführung der Sponsionsklage, für welche es an einer andern Form gebrach, dieses dem prätorischen Recht eigenthümlichen Mittels bediente. Bei beweglichen Sachen leistete das interdictum UTRUBI denselben Dienst, wies aber mit Rücksicht auf die Zufälligkeit und den raschen Wechsel des Besitzverhältnisses derselben, nicht dem gegenwärtigen Besitzer das Recht auf den Besitz zu, sondern dem, der im letzten Jahr die längste Zeit besessen hatte [16]). Bei der hereditatis petitio wurde auch jetzt nicht der gegenwärtige Besitzer, sondern wer nach prätorischem Recht den nächsten Anspruch auf die Bonorum Possessio hatte, in den Besitz gesetzt und zur Sponsio und stipulatio pro praede litis et vindiciarum genöthigt [17]), womit der

14) S. unten § 98.

15) *Gai.* IV. § 148 und *Ulpian. L. 1. § 3. D. uti poss.* (43, 17). Vgl. unten § 98 Note 149.

16) *Gai. cit.* §§ 148—152. *Paul.* V. 6. § 1.

17) *Cic. Verr.* I. 45. führt als Beispiel des ungerechten Edicts des Verres aus der Zeit seiner städtischen Prätur an: Ex edicto urbano: SI DE HEREDITATE AMBIGITUR, ET POSSESSOR SPONSIONEM NON FACIET. Iam quid id ad Praetorem, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo quia possessor est, non moves possessione: si possessor non esset, non dares? *cf. seqq.* und *de part. or.* 28. — cum hereditatis sine lege aut sine testamento

Vortheil verknüpft war, daß Ein Besitzer oder Mehrere als Partheigenossen den ganzen Nachlaß gegen Beraubung schützten[18]) und daß der Gegner nur mit Einer Gegenparthei den Streit um das Recht durchzufechten hatte.

Vergleichen wir diese neue Form mit der alten, so ist klar, daß sie der Klage auf die Sache, die sie in zwei Stipulationen einschloß, einen weniger deutlichen Ausdruck gab und sie auch darin der persönlichen Klage ähnlicher machte, daß, mit Beseitigung der gegenseitigen Vindicatio und Contravindicatio, von vorn herein der Nichtbesitzer von dem Besitzer die Herausgabe seiner Sache fordert.

§ 90. III) Die vollkommenste Vereinigung jenes principiellen Gesichtspunktes und dieses praktischen Zweckes wurde durch Einführung einer dritten Form erreicht, der **formula petitoria**[1]). Ueber deren Geschichte wissen wir nur wenig. Man hat vermuthet, daß die actio ad exhibendum, die noch später ihre Stelle vertreten konnte[2]), als actio arbitraria ihr den Weg bereitet habe. In Cicero's Zeit ist sie nichts Neues

petitur possessio, in quibus causis quid aequius aequissimumve sit quaeritur.

18) *Gai.* II. §§ 52. *sqq.*

1) *Gai.* IV. § 91. Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem *rel.* Die letztere wurde also nicht aufgegeben, und hatte z. B. wegen des Duplum der Früchte (§ 89 Note 6) eigenthümliche Vortheile.

2) *Gai.* IV. § 51. — velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus vel ad exhibendum. nam illic ita est: QUANTI EA RES ERIT *rel. L. 7. § 1. D. de cond. furt.* (13, 1). *L. 3. L. 8. C. I. ad exhib.* (3, 42). Insbesondre vertrat sie die Stelle der Vindication, wenn der Besitzer dolo desiit possidere *L. 1. C. I. depositi* (4, 34). *L. 27. D. de pign.* (20, 1). *L. 1. pr. D. de distr. pign.* (20, 5), oder die Sache mit einer andern verbunden war. *L. 6. L. 7. pr. §§ 1. 2. D. ad exhib.* (10, 3). War mit dem Interesse des Klägers auch sein Recht an der Sache erwiesen, so konnte der Arbiter gleich auf Restitution arbitriren *L. 5. §§ 1—6. L. 7. §§ 3—7. L. 9. § 1. L. 15. eod. § 8. I. de off. iud.* (4, 17), und die Klage von vorn herein mit dieser Absicht angestellt werden. *L. 9. § 5. eod.* Auch die Condemnation wegen nicht erfolgter Exhibition schloß die Vindication aus. *Arg. L. 3. §§ 11—15. D. de tab. exhib.* (43, 5).

mehr [3]). In den Schriften der classischen Juristen wird sie, wo von der Eigenthumsklage (rei vindicatio) schlechthin die Rede ist, im Zweifel vorausgesetzt [4]).

Diese Formula petitoria enthält nehmlich 1) in ihrer Intentio: SI PARET REM EX IURE QUIRITIUM ACTORIS ESSE [5]), entsprechend den sollennen Worten der Legis Actio: HANC REM EX IURE QUIRITIUM MEAM ESSE AIO, die Behauptung des Klägers, daß die Sache sein sei, drückt also die dem Eigenthum und der in rem actio eigenthümliche Richtung unmittelbar auf die Sache unzweideutig aus. Der Beklagte als Besitzer wird darin nicht genannt [6]), und dieß festzuhalten ist wichtig, weil daraus hervorgeht, daß auch jetzt die Verletzung des Eigenthums durch Besitz nicht als zum Klaggrund gehörig betrachtet wurde. Auch der Erwerbungsgrund, der das Recht des Klägers, das Eigenthum, nicht wie die Forderung charakterisirt, braucht nicht hinzugefügt zu werden. Doch konnte der Kläger durch Hinzufügung der causa in der Intentio seine Klage auf einen bestimmten Erwerbungsgrund einschränken, und sich dadurch die nochmalige Klage wegen derselben Sache aus einem andern

3) *Cic. Verr.* II. 12. benutzt sie, um an ihrer rücksichtlich der Personen unrichtigen Fassung die Abhängigkeit des Judex von der Formel und die Macht des Magistrats zum Unrechtthun zu exemplificiren. Sie lautet hier: L. OCTAVIUS IUDEX ESTO. SI PARET FUNDUM CAPENATEM, QUO DE AGITUR, EX IURE QUIRITIUM P. SERVILII ESSE, NEQUE IS FUNDUS Q. CATULO (statt P. SERVILIO) RESTITUETUR.

4) *Dig.* 6, 1. *de rei vind.* (6, 1). *L. 1. pr. Ulp.* Post actiones, quae de universitate propositae sunt, subicitur (*sc. in edicto*) actio singularum rerum petitionis. *L. 36. pr. D. eod. Gai.* — petitorio iudicio.

5) *Gai.* IV. § 92. Petitoria autem formula haec est, qua actor intendit rem suam esse. *cf.* §§ 3. 36. 45. § 41. Intentio est *rel.* — item haec: SI PARET HOMINEM EX IURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. *cf.* § 86. *Cic. Verr.* II. 12. Note 3. Die Worte EX IURE QUIRITIUM finden sich überall, wo die Formel wörtlich gegeben wird, und sonst meistens; der Kürze halber nicht bei *Gai.* IV. §§ 3. 87. 92. *cit.* Daß die Formel für das in bonis gebraucht werden konnte, ist nicht wahrscheinlich, s. unten § 96 Note 32; keines Falls wurde sie eingeführt, um diesem Anerkennung zu verschaffen.

6) *Gai.* IV. § 87. Sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit eius persona, cum quo agitur; — tantum enim intenditur rem actoris esse.

Grunde vorbehalten [7]). Die allgemeine oder die so specialisirte Behauptung des Klägers ist natürlich auch der Gegenstand seines Beweises, den er durch Edition der Formula übernimmt und der ihm durch Ertheilung derselben auferlegt wird [8]). Ferner der Gegenstand des ersten richterlichen Ausspruchs (pronuntiatio), durch welchen der Geschworne nach streng geführtem Beweis das Recht des Klägers anerkennt [9]).

Ein solches Zwischenurtheil (interlocutio), dessen vorsichtige Geschworne sonst sich enthalten sollten [10]), war hier unentbehrlich als Vorbedingung des 2) in den Worten der For-

7) *L. 14. § 2. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *Paul.* Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. at cum in rem ago non expressa causa. ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur *rel. L. 11. § 2. D. eod. Ulp.* Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit: si postea alia ex causa petat causa adiecta, non debet summoveri exceptione. Savigny, System Bd. VI. Beil. XVII. glaubte, daß dieß durch eine praescriptio geschehen sei. Der Ausdruck der angeführten Stellen deutet auf die Einrückung der causa in die Intentio, wie bei der condictio. So Keller, Civilpr. Note 473.

8) *L. 9. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp.* — ubi probavi rem meam esse. *L. 28. C. I. eod.* (3, 32). *Diocl. et Max.* — suam intentionem implenti.

9) *L. 35. § 1. D. de rei vind.* (6, 1). *Paul.* — iudex sententia declaravit meum esse. *L. 40. § 2. D. de procur.* (3, 3). *L. 35. D. de act. empti* (19, 1). *L. 31. D. de pign.* (20, 1). *L. 6. § 2. D. de confessis* (42, 1). *L. 15. L. 30. § 1. D. de exc. rei iud.* (44, 2) u. s. w. Daß pronuntiatio hierfür der technische Ausdruck ist, hat Zachariae, Zeitschr. f. gesch. RW. XIV. S. 95 folg. aus den von ihm entdeckten Scholien des Antecessor Stephanus nachgewiesen. *cf. Suppl. Basil. Heimb. p.* 8. *schol.* 37. Der Strenge des Beweises und des Urtheils war durch die Natur der Klage als arbitraria actio nichts abgebrochen; die Aequitas derselben bezog sich nicht auf die Intentio, sondern auf die Condemnatio und deren Beisatz: NISI RESTITUAT, also das Arbitrium de restituendo. Vgl. § 94. — Keller, Civilpr. S. 109 nennt dieß „Verbindung von Judicium und Arbitrium in Einer Formula", unrömisch, wie mir scheint. Richtiger wird die Intentio und Pronuntiatio mit einem Präjudicium verglichen; denn das Eigenthum ist wie der Stand ein absolutes Recht, das entweder ist oder nicht ist, und nur in seinen Folgen, welche das Arbitrium und die Condemnatio bestimmen, ein Mehr oder Weniger mit Rücksicht auf Billigkeit zuläßt. Vgl. § 97 Note 100.

10) *Gell.* XIV. 2, 17 – 19.

mula petitoria als actio arbitraria[11]: NISI RESTITUAT[12]), dem Judex aufgegebenen arbitrium de restituendo[13]). Auch dieses ist nothwendig. Denn dem Kläger wäre durch die bloße Anerkennung seines Rechts nicht genügt, er kann verlangen in die Ausübung desselben, d. i. den Besitz der Sache gesetzt zu werden[14]), und dieses Stück, das nach älterm Recht der Execution anheimfiel, wird jetzt unmittelbar in das Judicium hereingezogen, ohne den frühern rechtlichen Gesichtspunkt zu verleugnen[15]). Es findet nehmlich keine Vollstreckung dieses richterlichen Urtheils statt, sondern nur Ausübung des durch den Richter anerkannten Rechts; dem Kläger ist gestattet seine Sache in Besitz zu nehmen, wo er sie findet. Daher der Beklagte nur verpflichtet ist dieß geschehen zu lassen, nicht eine bewegliche Sache auf seine Kosten herbeizuschaffen, es sei denn daß er sie böslicher Weise weggebracht hätte[16]). Erfordert das Eine oder Andre Zeit, so muß er, damit die Sache vollständig abgemacht sei, deshalb Caution stellen[17]).

Leistet der Beklagte dem Restitutionsbefehl des Geschwornen

11) Daß unter den Beispielen in *§ 31. I. de act.* (4, 6) nicht die Vindication, sondern nur die Publiciana in rem actio vorkommt, erklärt Savigny, System V. S. 131 befriedigend daraus, daß die Quelle, aus der Justinian schöpfte, bei dieser Gelegenheit den Gegensatz der verschiedenen Klagformen berücksichtigen mußte.

12) *Cic. Verr.* II. 12. Note 3.

13) *L. 35. § 1. D. de rei vind.* (6, 1). *Paul.* Note 9. Ubi — iudex declaravit meum esse, — rem arbitrabitur iudex mihi restitui. *L. 57. L. 68. eod. Ulp.* Qui restituere iussus *rel. L. 13. § 9. D. de acq. poss.* (41, 2) *L. 9. § 1. D. de furtis* (47, 2). *§ 2. I. de off. iud.* (4, 17).

14) *L. 9. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp.* — ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. *cf. L. 22. D. de verb. sign.* (50, 16). *Gai.* — restituere est — possessorem facere, fructusque reddere. Die hängenden Früchte (fructus pendentes) werden als Erweiterung der Sache mit dieser restituirt. *L. 44. D. de rei vind.* (6, 1). Die fructus separati exstantes fallen in das Officium Judicis, worauf die bekannte Controvers der Neuern sich bezieht.

15) Vgl. oben § 52.

16) *L. 10. L. 11. L. 12. D. de rei vind.* (6, 1). *cf. L. 11. § 1. D. ad exhib.* (10, 4). Ebenso bezeichnet restituere bei den restitutorischen Interdicten auch die patientia. Schmidt, Interdictenverfahren S. 37.

17) *L. 27. § 4. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 6. § 2. D. de confess.* (42, 2). *§ 2. I. de off. iud.* (4, 17).

keine Folge, so ist dieser 3) durch die unmittelbar an jene Worte sich anschließende Condemnatio: QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE[18]), angewiesen, ihn zum Interesse in Geld zu condemniren[19]). Es ist also die Vollstreckung des Restitutionsbefehls, d. h. die Einführung des Klägers in den Besitz der Sache unter dem Schutz des prätorischen Imperiums, wie sie früher nach beendigtem Rechtsstreit stattfand, allerdings jetzt weggefallen; denn ein solches Eingreifen des Prätors in den Lauf des Geschwornengerichts ist nicht wohl denkbar[20]). Allein da im Fall des Ungehorsams (contumacia) nach den Grundsätzen der actiones arbitrariae der Kläger die Sache eidlich selbst taxiren kann[21]), so ist hierin ein hinreichendes Compelle für den Beklagten zur freiwilligen Restitution gegeben, oder, wenn dieser so unverständig sein sollte, es zu dieser höhern Condemnation kommen zu lassen, das Interesse des Klägers aufs Vollständigste gewahrt. Es entspricht dieß auch der Achtung vor der persönlichen Freiheit, nach welcher jetzt wo möglich das Einschreiten des Imperiums vermieden und eine Ausgleichung im Wege des Rechts, hier durch Geldzahlung, vorgezogen wurde.

Erfolgt die Restitution, so muß der Geschworne nach der empfangenen Instruction[22]) formell den Beklagten in der Hauptsache absolviren, während der Kläger wirklich den Prozeß gewonnen hat und bei der etwa versuchten Erneuerung desselben durch Berufung auf jenen ersten Ausspruch (pronuntiatio) sich im Besitz behaupten wird[23]).

18) *Gai.* IV. § 51.

19) *L. 6. § 2. D. de conf.* (42, 2). *Ulp.* — si non restituatur, lis aestimabitur.

20) Den Beweis hierfür s. unten § 112.

21) *L. 41. § 1. D. de re iud.* (42, 1). *L. 6. § 2. D. de confessis* (42, 2). *L. 73. D. de fideiuss.* (46, 1). S. § 87 Note 41, § 94 Note 68.

22) Die Worte NISI RESTITUAT beschränken seine Macht zu condemniren, und da es kein Drittes giebt, so muß er absolviren, obgleich dessen Hauptbedingung: SI NON PARET nicht eingetreten ist.

23) *L. 40. § 2. D. de procur.* (3, 3). *L. 30. med. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *cf. L. 15. eod*

Durch die Condemnatio ist aber auch im Fall unmöglicher Restitution[24]), oder, wenn sie erfolgt ist, rücksichtlich der Nebenleistungen, Früchte u. s. w. (omnis causa)[25]), dafür gesorgt, daß der Kläger vollen Schadensersatz erhalte[26]), also was früher durch ein nachfolgendes Arbitrium oder durch eine selbständige Schadensklage erreicht wurde, zu vortheilhafter Vereinfachung der Sache, in das Hauptjudicium hereingezogen. Die Sicherheit aber, welche ihm im Legis-Actionenprozeß die Prädes, bei der Sponsionsklage die stipulatio pro praede litis et vindiciarum gewährte, giebt ihm jetzt die satisdatio IUDICATUM SOLVI, die jeder Besitzer der sich in der Beklagtenrolle behaupten will, leisten muß[27]). Indem also die Formula petitoria an die Anerkennung des Eigenthums unmittelbar eine zwiefache Verpflichtung des Beklagten knüpfte, verband sie mit der reinen Natur der dinglichen Klage die praktischen Vortheile der persönlichen.

Wie aber wird bei diesem Verfahren die Identität der Sache gesichert? wie der Besitzstand regulirt? Das Erste glaubte man ganz der Betriebsamkeit der Partheien, insbesondre

L. 16. § 5. D. de pign. (20, 1). Vgl. *Ribbentropp Comm. ad L. 16. § 5. cit. Goett.* 1824. 4. Keller, Litiscont. und Urtheil. Zürich 1827. 8. § 27.

24) Mit der bekannten Unterscheidung der Gründe der Unmöglichkeit, Dolus, Culpa, Casus, wie dieß die im Arbitrium waltende Aequitas mit sich brachte.

25) *L. 68. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp.* officio iudicis ab eo possessio transfertur, et fructuum omnisque causae nomine condemnatio fit. *L. 35. § 1. eod. Paul.* Ubi — iudex sententia declaravit meum esse, debet etiam de fructibus possessorem condemnare.

26) Z. B. wegen Verschlechterung der Sache in Concurrenz mit der actio legis Aquiliae. *L. 13. L. 14. L. 27. § 2. D. de rei vind.* (6, 1).

27) *Gai.* IV. § 89. Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes. aequum enim visum est, te ideo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere, ut si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis. § 91. — si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur IUDICATUM SOLVI. Auch diese Form der Bürgschaft ist durch das Edict eingeführt. *Val. Prob.* § 5, 23. I. S. = iudicium (*l.* iudicatum) solvi.

des Klägers, dessen Erfolg davon abhängt, daß er die rechte Sache in Anspruch nimmt[28]), überlassen zu können. Bei beweglichen Sachen steht ihm zu dem Ende noch die actio ad exhibendum zu Gebot. Bei Grundstücken ist, wenigstens in den erhaltenen Quellen, von einer deductio moribus nirgends die Rede und sie würde als symbolische Handlung der Natur dieser einfachsten Eigenthumsklage nicht entsprechen[29]).

Was den Besitzstand betrifft, so ist dieser bei der Formula petitoria wie bei der Sponsionsklage von vorn herein für die Partheirollen entscheidend, während bei der Legis Actio zunächst Beide vindicirend auftraten. Ist er nicht streitig, so war darüber kein Zweifel unter den römischen Juristen, daß der Besitzer gegen einen Andern, der ihm das Eigenthum an der Sache bestreitet, nicht klagend auftreten könne[30]), weil ihm jedes Interesse fehlt[31]). Denn dieses ist durch die bloße Bestreitung seines Rechts nicht gefährdet; und gegen Störung in der Ausübung desselben ist er durch possessorische Rechtsmittel hinreichend geschützt. Also nur der Nichtbesitzer kann klagen, und zwar gegen einen Andern, der die Sache innehat. Denn wenn sie sich anerkanntermaßen bei einem Dritten befände, so würde der Prätor diesem rein theoretischen Streit um das Recht keine Beachtung schenken. Obgleich also der Besitz des Beklagten als Verletzung des Eigenthums nicht zum Klaggrund gehörte und deshalb in der Intentio nicht behauptet wurde, so war er doch die Bedingung ihres möglichen praktischen Erfolgs, nehmlich der Restitution oder Condemnation, und insofern ihrer rechtlichen Zulässigkeit. Entscheidend für diese Auffassung der

28) S. § 86 Note 2 und § 87 Note 9.

29) Savigny cit. S. 213 folg.

30) *L. 1. § 3. D. uti poss.* (43, 17). *Ulp.* Si convenit (*sc. uter possessor sit*), absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. *§ 2. Inst. de act.* (4, 6). — ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu *rel.* Der eine Fall, wo dieß doch möglich sein soll, ist bis jetzt in latioribus Digestorum libris nicht überzeugend nachgewiesen worden. Vgl. Böcking, Pand. II. § 45 Note 1.

31) S. § 85 Note 15. Vgl. Böcking, Pand. II. § 46 Note 1.

Sache ist, daß der Besitz des Beklagten nicht zur Zeit der Klage und Litiscontestation, sondern nur zur Zeit des Urtheils verlangt wird [32]). Ferner, daß es nicht mehr, wie bei der Legis Actio, juristischer Besitz, d. h. Besitz mit der Absicht, sich das Eigenthum anzumaßen, sein muß, sondern nur Detention, weil diese die Möglichkeit der Restitution in sich schließt, zu sein braucht [33]).

Allein, weil der Erfolg der Klage in diesem Sinne davon abhängt, hat der Kläger alle Ursache, sich von vorn herein zu vergewissern, ob der Beklagte die Sache wirklich besitzt oder etwa dolo malo aufgehört hat zu besitzen [34]); denn auch wegen des dolus praeteritus, d. h. der dem Prozeß vorherging, kann der Arbiter den Beklagten verurtheilen [35]), als wenn er besäße [36]). Auf die Frage des Klägers vor Gericht (interrogatio in iure), ob er besitze, ist der Beklagte verpflichtet, sich zu erklären. Leugnet er den Besitz ab und wird überführt, so wird

32) *L. 27. § 1. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 30. pr. D. de peculio* (15, 1). *Ulp.* — intenditur enim recte. Vgl. Wetzell, Vind.-Pr. S. 110 folg.

33) *L. 9. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp.* Nachdem er die abweichende Meinung des Pegasus angeführt: Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse. Wer sich anschickt, die Klage zu erheben, verzichtet deshalb noch nicht auf den juristischen Besitz. *L. 12. § 1. D. de acq. poss.* (41, 2).

34) *L. 36. pr. D. de rei vind.* (6, 1). *Gai.* Qui petitorio iudicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is cum quo instituat actionem, possessor sit vel dolo desiit possidere.

35) *L. 27. § 3. D. eod. Paul.* Sed et is qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione: idque ex senatus consulto (*cf. L. 22. L. 40. pr. L. 20. § 6. L. 27. § 3. D. de her. pet.* 5, 3.) colligi potest, — ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat. cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum, per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci. Vor Hadrian mag die actio ad exhibendum dafür gedient haben, s. oben Note 2. Auch die clausula doli der satisdatio iudicatum solvi ging vielleicht darauf, Note 42. *L. 19. D. iud. solvi* (46, 7). *L. 69. D. de verb. sign.* (50, 16). Wegen Culpa haftet der Besitzer erst, nachdem er durch Litiscontestation zur diligentia verpflichtet ist. *L. 36. § 1. L. 33. L. 21. L. 16. § 1. D. eod.*

36) *L. 22. D. eod. Ulp.* Quodsi dolo possessoris fugerit (*sc. servus*), damnandum eum, quasi possideret. *L. 131. D. de reg. iur.* (50, 17).

derselbe von ihm, als von Einem, der die Vertretung der Sache (defensio rei) verweigert hat, sofort auf den Kläger übertragen (transfertur possessio), und es bleibt ihm nur überlassen, seiner Seits nun als Kläger aufzutreten[37]). Hat er fälschlich den Besitz vorgegeben (liti se obtulit), und es zeigt sich im Judicium, daß er nicht besitze, so wird er wegen des Betrugs condemnirt[38]). Ist aber vor dem Prätor in der einen oder andern Weise darüber nicht entschieden, so liegt es in dem Officium des Judex, auch darauf seine Untersuchung zu richten[39]), wobei natürlich den Kläger die Beweislast trifft. Denn nur unter dieser Voraussetzung erlangt er den Restitutionsbefehl und die Condemnation des Beklagten.

Steht endlich fest, daß die Sache sich in der Detention des Einen oder Andern befinde, sie streiten aber über den juristischen Besitz (ius possessionis) und mit diesem über die Parteirollen im Vindicationsprozeß, so wird auch hier durch ein interdictum retinendae possessionis, UTI POSSIDETIS oder UTRUBI, darüber entschieden[40]). Dem Sieger in diesem Possessorium wird aber nur unter der Bedingung der Besitz für die Dauer des Prozesses und die vortheilhaftere Beklagtenrolle (commodum possessoris) belassen, wenn er die satisdatio IUDICATUM SOLVI stellt[41]). Durch deren drei Clauseln übernimmt er eine dreifache Verpflichtung: 1) die Vertheidigung ordentlich durchzuführen (de re defendenda), 2) im Unterliegungsfall

37) *L. 20. § 1. D. de interr. in iure* (11, 1). *L. 80. D. de rei vind.* (6, 1). Vgl. § 106. Bemerkenswerth ist die Nachbarschaft des Edictstitels ad exhibendum *Dig.* 10, 4. mit dem de interr. in iure fac. *Dig.* 11, 1.

38) *L. 25. L. 26. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 39. D. de dolo malo* (4, 1) und *L. 45. D. de her. pet.* (5, 3) bringen dieß bestimmt mit der clausula doli der satisdatio iudicatum solvi in Verbindung. S. Note 42.

39) *L. 9. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp.* Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an rem possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere.

40) *L. 1. § 3. D. uti poss.* (43, 17). *Gai.* IV. §§ 148. *sqq. L. 24. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 35. D. de acq. poss.* (41, 2). *L. 13. C. I. de rei vind.* (3, 32). *L. 4. C. I. de interdictis* (8, 1).

41) S. oben Note 27.

die Sache zu restituiren oder die Litisästimation zu zahlen (de iudicato solvendo) und endlich 3) wie bei jeder prätorischen Stipulation, wegen seines Dolus Schadensersatz zu leisten (de dolo malo)[42]). Weigert er diese Bürgschaft, so wird gleichfalls wegen nicht gehöriger Vertretung der Sache (defensio rei) der Besitz und die Beklagtenrolle mit derselben Verpflichtung auf den Kläger übertragen (possessio transfertur)[43]). Nur wenn keiner von Beiden hinreichende Bürgschaft geben kann, wird jetzt die Sache von Gerichtswegen sequestrirt[44]).

§ 91. Wir betrachteten die Formula petitoria bisher nur in Anwendung auf die Eigenthumsklage (specialis in rem actio). Auf die **hereditatis petitio** wurde sie in Cicero's Zeit noch nicht angewandt, er kennt dafür nur zwei Formen, die Legis Actio und die Sponsionsklage[1]). Später ist dieß aber geschehen; denn in den Pandektenfragmenten behandeln die classischen Juristen beide Klagen wesentlich nach denselben Grundsätzen[2]).

Die Intentio dieser Erbschaftsklage heißt: SI PARET HEREDITATEM ACTORIS ESSE[3]). Unter hereditas wird aber jetzt nicht mehr, wie in der Legis Actio, die Gesammtheit der körperlichen Erbschaftssachen mit den darauf ruhenden Lasten, deren Eigenthum der Kläger in Anspruch nimmt[4]), verstanden, son-

42) *L. 6. L. 17. D. iud. solvi* (46, 7). Die Clausel de iudicato solvendo ging wie die Formel auf quanti ea res erit. *L. 2. § 2. D. de stip. praet.* (46, 5). *cf. L. 11. eod.* Vgl. Rudorff zu Puchta's Instit. § 232 Note i.

43) *L. un. C. I. uti poss.* (8, 6). *Ulp. Inst. fr.* 6. Vgl. unten § 106.

44) *L. 7. § 2. D. qui satisd.* (2, 8). *cf. L. 11. § 1. D. ad exhib.* (10, 4). *L. 16. D. de off. Praes.* (1, 18). Nicht zu verwechseln mit der freiwilligen Deposition bei einem Sequester *L. 9. § 3. D. de dolo* (4, 3), die einseitig nicht von der Satisdation befreit. *L. 7. D. de stip. praet.* (46, 5).

1) S. oben § 89 Note 17. Daß, wie Dernburg, hereditatis pet. S. 6 meint, dieß nach dem edictum provinciale schon damals geschah, ist durch die Stellen des *Gai.* ad edictum provinciale nicht erweislich.

2) Den Parallelismus beider erkannte auch das Edict an. *L. 1. pr. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp.* Post actiones quae de universitate propositate sunt, subicitur actio singularum rerum petitionis.

3) *L. 3. L. 10. § 1. D. de her. pet.* (5, 3).

4) *Gai.* II. §§ 54. 55.

dern die Gesammtheit des Vermögens als unkörperliche Sache[5]) und als Gegenstand des Erbrechts[6]) und der Erbrechtsklage, die in diesem Sinne auch eine in rem actio ist[7]). Bestimmt bezeichnet wird dieß abstracte Object der Klage (designatur) durch Nennung des Erblassers[8]). Der bestimmte Titel des Erbrechts, Testament oder Gesetz, wurde in der Intentio nicht nothwendig angegeben; daß die Klage aber durch einen Zusatz darauf beschränkt werden konnte, ist durch die Analogie der specialis in rem actio wahrscheinlich[9]).

Hatte der Kläger sein Erbrecht bewiesen, so erfolgte auch hier zunächst ein Ausspruch (pronuntiatio) zu seinen Gunsten[10]). Hieran schließt sich dann vermöge der Clausel NISI RESTITUAT das Arbitrium auf Restitution[11]), die aber in diesem Fall, wo es sich um ein Vermögensganzes handelt, nicht bloß körperliche Erbschaftssachen, sondern auch dazu gehörige Rechte und Vortheile zum Gegenstande hat[12]). Die Klage nimmt hierdurch noch mehr als die specialis in rem actio die Natur

5) *Gai.* II. §§ 28. 34.

6) *L. 208. D. de verb. sign.* (50, 16). *L. 62. D. de reg. iur.* (50, 17).

7) *L. 27. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 25. § 18. L. 49. D. de her. pet.* (5, 3). *L. 1. pr.* Note 3 de universitate. Anders Dernburg, her. pet. S. 13 Note 2.

8) *L. 3. cit. Gai.* — Titii hereditatem nostram esse intendere.

9) Was im Fall der *L. 11. pr. D. de exc. rei iud.* (44, 2) durch in integrum restitutio geschah, konnte gewiß durch eine enger gefaßte Formula vorgesehen werden. *cf. L. 3. C. I. de her. pet.* (3, 31). Dernburg, her. pet. S. 28 folg. nimmt auch hier eine praescriptio an.

10) *L. 15. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *Gai.* — interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit, an contra. *SC. in L. 19. § 6. D. de her. petit.* (5, 3). — a quibus petita hereditas fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia — restituere debere. *L. 5. C. I. eod.* (3, 20).

11) *L. 57. D. de her. pet.* (5, 1). *Nerat.* Cum — secundum alterum — iudicatum est: quaeri solet, utrum — hereditatem restitui oporteat. *L. 10. § 1. eod. Gai.* — officio iudicis restituitur. Unter den Beispielen der actiones arbitrariae in *§ 31. I. de act.* (4, 6) fehlt auch die hereditatis petitio aus nahe liegenden Gründen.

12) *L. 18. § 2. D. eod. Ulp.* Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitionem. Et placuit universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive iura sive corpora sint. *L. 19. pr. §§ 1. sqq. eod.*

einer persönlichen Klage (condictio) an [13]). Erfolgt diese Restitution freiwillig, so wird der Beklagte absolvirt; wo nicht, der Condemnatio QUANTI EA RES ERIT gemäß zum Interesse condemnirt.

Um dieses praktischen Erfolgs willen, nicht als Verletzung des Erbrechts, wird also auch bei dieser Klage Besitz in der Person des Beklagten zur Zeit des Urtheils [14]) vorausgesetzt, und zwar nicht der gesammten Erbschaft, sondern nur eines Theils derselben, sei dieser eine körperliche Sache oder ein Recht (iuris possessio) [15]). Zwar könnte es scheinen, daß dann der Rechtsstreit sich auf diese Sache oder dieses Recht beschränken müsse. Allein der Streit um das Erbrecht ist dennoch veranlaßt, die hereditatis petitio also begründet, wenn der Besitzer sich dasselbe zuschreibt, oder gar keinen Titel seines Besitzes anzugeben vermag (pro herede vel pro possessore possidet) [16]). Behauptet er einen speciellen Erwerbungsgrund, so ist nur die Eigenthumsklage möglich [17]). Deshalb muß der Beklagte auf Befragen den Titel seines Besitzes angeben [18]). Er muß ferner, um sich im Besitz zu behaupten, auch hier satisdatio iudicatum solvi stellen [19]), und haftet vermöge der Clausula doli als fictus possessor [20]).

Ist Streit unter den Partheien über den Besitz körperlicher Erbschaftssachen und die Partheirollen, so war die Entscheidung nicht so einfach, wie bei der Eigenthumsklage. Der Grundsatz des alten Rechts war, daß nicht der gegenwärtige Besitzer geschützt, sondern dem prätorischen Erben der Besitz

13) *L. 25. § 18. D. eod. Ulp.* Petitio hereditatis etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales: utputa eorum, quae a debitoribus exacta sunt; item pretiorum. *L. 7. C. I. eod.* (3, 36). *Diocl. et Max.* mixta personalis actio.

14) *L. 4. L. 16. pr. L. 36. § 4. D. eod. L. 9. pr. D. de exc. rei iud.* (44, 2).

15) *L. 9. L. 10. L. 13. § 15. eod.*

16) *L. 9. L. 11. L. 12. L. 13. pr. § 1. D. eod. Gai.* IV. § 144.

17) *L. 4. C. I. in quib. caus. cessat* (7, 34).

18) *Cf. L. 11. C. I. de her. pet.* (3, 31).

19) *L. 5. pr. § 1. D. de her. pet.* (5, 3). *Ulp. Instit. fr.* 6.

20) *L. 45. L. 13. §§ 2. 13. 14. D. eod.*

des Nachlasses (bonorum possessio) und die Beklagtenrolle zugesprochen wurde. Dieser Grundsatz kam in Centumviralprozessen noch jetzt[21]) und zwar ohne Zweifel imperio Praetoris zur Anwendung. Nicht minder nach Cicero's Zeugniß bei der Sponsionsklage[22]), und auch bei der Formula petitoria muß dieß möglich gewesen sein[23]). Wenn aber in dem einen und andern Fall der gegenwärtige Besitzer sich dem Restitutionsbefehl des Prätors (interdictum QUORUM BONORUM)[24]) nicht fügte und es auf ein namhaftes Succumbenzgeld (summa sponsionis) ankommen lassen wollte[25]), so ging das Possessorium gewissermaßen in ein Petitorium über, d. h. es kam zu einem auf das Interdict gegründeten Judicium, worin über das vom Prätor ertheilte Recht auf die Erbschaft definitiv entschieden wurde[26]). Auch wenn dieß dem Civilerben gegenüber nur ein Provisorium war[27]), eignete sich dieß umständliche Verfahren doch nicht wohl zur Regulirung der Partheirollen für die hereditatis petitio. Noch weniger in der Zeit der classischen Juristen, wo der Beklagte im Interdictsprozeß durch Erbittung eines Arbiter dem Succumbenzgeld entgeht[28]) und durch den Gewinn des Interdictsprozesses als prätorischer Erbe häufiger gegen den Civilerben geschützt ist[29]). Es war daher gewissermaßen eine Rückkehr zum ältesten Recht, daß Hadrian dem in einem anscheinend gültigen Testament eingesetzten Erben eine Einweisung in den Besitz des

21) S. oben § 88 Note 19.

22) S. oben § 89 Note 17.

23) Andrerseits war es jetzt möglich, daß Zwei einzelne Erbschaftssachen besaßen und gegenseitig die hereditatis petitio anstellten. *L. 15. D. de exc. rei iud.* (44, 2).

24) *L. 1. pr. D. quor. bon.* (43, 2). *Ulp.* Ait Praetor: QUORUM BONORUM EX EDICTO MEO ILLI POSSESSIO DATA EST: QUOD DE HIS BONIS — POSSIDES —, ID ILLI RESTITUAS.

25) *Cic. ad fam.* VII. 21. — sponsionem illam: — SI BONORUM TURPILIAE POSSESSIONEM Q. CAEPIO PRAETOR EX EDICTO SUO MIHI DEDIT. *cf. Gai.* IV § 165.

26) Und zwar nicht bloß über die Agnition der Bonorum Possessio, sondern auch über deren Bedingungen, z. B. die Verwandtschaft. *L. 1. C. I. quor. bonor.* (8, 2).

27) *Gai.* III. §§ 35–38. II. §§ 119. 148. *sqq.* *Ulp.* XXVIII. 13.

28) *Gai.* IV. § 163.

29) *Gai.* II. §§ 120 *sqq.* *Ulp.* XXVI. 8.

Nachlasses (missio in possessionem bonorum) verlieh, wodurch der Gegner als Kläger aufzutreten genöthigt wurde [30]).

§ 92. Auch der Rechtsstreit um eine **Servitut**, d. h. ein dem alten Civilrecht bekanntes beschränktes dingliches Recht (ius in re), konnte noch in Cicero's Zeit durch Legis Actio zur Entscheidung der Centumvirn gebracht werden [1]). Daß auch die Sponsionsklage darauf angewandt worden, ist nicht zu bezweifeln. Die Formula petitoria endlich wird in den uns erhaltenen Schriftstücken classischer Juristen überall als die gewöhnliche Form dafür vorausgesetzt [2]).

Durch Einführung des Formularprozesses war aber die Behandlung der Sache überhaupt eine wesentlich andre geworden. Die Legis Actio, die allemal eine Vindicatio und Contravindicatio in sich schloß, ließ den Rechtsstreit über die Servitut nur zwischen dem Servitutberechtigten und dem Eigenthümer der dienenden Sache zu, wobei Jener sein Recht an der Sache des Andern, Ususfructus, Wegegerechtigkeit u. s. w. verfolgte, dieser, indem er es leugnete, die Freiheit seines Eigenthums geltend machte [3]). Indem jetzt das Eine und Andre zur Intentio einer selbständigen Formula gemacht wurde, entstanden zwei Klagen: 1) die **actio confessoria**, in deren Intentio: SI PARET AULO AGERIO IUS ESSE UTENDI FRUENDI FUNDO CAPENATE oder: EUNDI, AGENDI PER FUNDUM CAPENATEM der Kläger die bestimmte Servitut zu haben behauptet, und 2) die **actio negatoria**

30) *Paul.* III. 5. §§ 14—18. *Cod. Iust.* 6, 33. de edicto D. Hadriani tollendo. Das Motiv war freilich ein andres, nehmlich die baldige Erlegung der Erbschaftssteuer.

1) *Cic. de or.* I. 38. in causis centumviralibus, in quibus — parietum, luminum, stillicidiorum — iura versentur *rel. cf. Gai.* IV. § 31. *Gell.* XVI. 10, 8.

2) *Gai.* IV. § 3. In rem actio est, cum — intendimus —: ius aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, vel prospiciendi: item actio ex diverso adversario est negativa. *Dig.* 7, 6. Si usus fructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 8, 5. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. Ob der Name formula petitoria darauf angewandt wurde, ist gleichgültig.

3) S. oben § 41 4.

oder negativa, mit der Intentio: SI PARET NUMERIO NEGIDIO IUS NON ESSE INVITO AULO AGERIO UTI FRUI FUNDO CAPENATE, oder EUNDI, AGENDI PER FUNDUM CAPENATEM, durch welche der Eigenthümer sie leugnet[4]). Wie freilich auf dieses Leugnen eine Klage gegründet werden könne, da Jeder nur wegen des eignen, nicht wegen eines fremden Rechts klage, diesen Zweifel werfen die römischen Juristen selbst auf; sie lösen ihn aber sofort durch die Bemerkung, daß auch in diesem Fall der Eigenthümer sein Recht, nehmlich sein Eigenthum und die darin liegende Befugniß, jeden Dritten von der Sache auszuschließen, geltend mache[5]). Eben deshalb hatte der Prätor dafür noch eine zweite positiv gefaßte Formel, die actio prohibitoria mit der Intentio: SI PARET AULO AGERIO IUS ESSE PROHIBENDI NUMERIUM NEGIDIUM UTI FRUI FUNDO CAPENATE aufgestellt[6]), die übrigens die Natur der Actio negatoria so wenig änderte, als die nothwendig negative Fassung der Actio confessoria bei negativen Servituten (servitutes in

4) Nicht „Spazierengehn oder Fahren" in fundo, sondern „die Wegenahme" per fundum, wie es in allen Pandektenstellen und in der Formel bei *Theophil.* IV. 6. § 2. heißt. Vgl. Keller, Civilpr. § 28 S. 110 folg. und die daselbst angeführten Zachariae, Zeitschr. für gesch. RW. XII. S. 258 folg. Schmidt, daselbst XV. 6. S. 151 folg. *H. Pernice Commentationes iuris Romani. Hal.* 1855. — Das Wort invito eo bezeichnet nicht den wirklichen Widerspruch, sondern nur dessen Möglichkeit und den Mangel des Consensus. *L. 5. D. de serv. pr. urb.* (8, 2). Also auch hier ist nur hypothetischer Willensconflict Bedingung der Klage.

5) *L. 5. pr. D. si ususfr. pet.* (7, 6) *Ulp.* Uti frui ius sibi esse, solus potest intendere qui habet usumfructum: dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet, nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi *rel.* S. Note 34.

6) Keller cit. *L. 5. pr. cit. L. 11. D. si servitus vind.* (3,5). Es ist Zachariae's cit. Verdienst, in einem bis dahin ungedruckten Scholium des Antecessor Stephanus zu *Basil.* XVI. 6, 5. *Suppl. ed. Heimb. p.* 112. *schol.* 6. diese Formel entdeckt zu haben. Einen praktischen Unterschied von der actio negatoria aber kann ich nicht anerkennen; insbesondre halte auch ich das ius prohibendi in *L. 11. cit.* wie in *L. 28. D. comm. div.* (10, 3) für ein Recht des Miteigenthums; denn die actio confessoria, also auch die negatoria, ist

non faciendo)[7]) diese zu einer Negatoria macht. Wie denn überhaupt die Formeln für Prädialservituten, deren Zahl keine geschlossene war, sondern unter Festhaltung ihrer allgemeinen Bedingungen durch das Bedürfniß des nachbarlichen Verkehrs täglich vermehrt werden konnte, in großer Mannigfaltigkeit dem einzelnen Fall angepaßt wurden[8]).

Auch die Neueren haben eingesehen, daß die Actio negatoria nicht sowohl eine Servituten- als eine Eigenthumsklage ist, die neben der Rei Vindicatio eine wesentliche Lücke im System ausfüllt[9]). Allein sie irren, indem sie auch hier die thatsächliche Verletzung als Bedingung der Klage betrachten und die Vindication auf totale Verletzung des Eigenthums durch Besitz, die Actio negatoria auf partielle Verletzung desselben, mit oder ohne Behauptung einer Servitut, gründen. Denn grade hier wird es recht klar, daß die Römer überall eine Klage zulassen, wo ein Rechtsstreit, hier um eine Servitut, mit praktischem Erfolg möglich ist. Denn als Servitutenklagen werden dennoch beide, die Actio negatoria sowohl als die Actio confessoria bezeichnet[10]), und die Intentio der einen wie der andern spricht nicht von Verletzung, sondern von einem Recht (ius), welches den Gegenstand des Streits, der Untersuchung und Entscheidung bildet. Was gehört also dazu, damit dieser Rechtsstreit von der einen oder andern Seite mit Aussicht auf praktischen Erfolg angeregt werden könne?

Der Servitutberechtigte klagt mit der Actio confessoria

in Bezug auf den fundus communis nicht möglich. Vgl. Note 23.

7) *L. 4. § 8. L. 6. pr. L. 17. pr. D. si serv. vind.* (8, 5). *L. 2. L. 15. D. de op. novi nunc.* (39, 1). *L. 13. § 10. D. de damn. inf.* (39, 2). *L. 1. § 4. D. de remiss.* (43, 25). *cf. L. 15. § 1. D. de serv.* (8, 1). *Pomp.* Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis —, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.

8) Man würde sie in factum conceptae nennen können, wenn sie nicht eine iuris civilis intentio hätten. *L. 2. § 3. D. si serv.* (8, 5). In jedem einzelnen Fall ist daher die actio eine besondre. S. z. B. *L. 6. §§ 2. sqq. L. 7. L. 8. pr. §§ 1. 2. D. eod.*

9) So Savigny von jeher in seinen Pandektenvorlesungen und nach ihm Puchta, Instit. § 232. II. S. 595 folg.

10) *Tit. Dig. cit. L. 2. pr. L. 4. § 7. L. 17. § 2. D. si serv.* (8, 5) und sonst.

als einer in rem actio[11]) allerdings nicht bloß gegen den Eigenthümer der dienenden Sache, sondern gegen jeden Dritten, der ihm die Ausübung seines Rechts entzieht, also beim Usus-fructus die Sache besitzt und ihm vorenthält[12]), bei der Wegegerechtigkeit ihm den Gebrauch des Weges unmöglich macht[13]), bei der negativen Servitut das thut, was er nicht darf, z. B. höher baut[14]). Hierin geht die Klage der Vindication parallel. Darin aber weicht sie von ihr ab, daß auch der Besitzer gegen jeden Dritten damit klagen kann[15]) wegen partieller Störung in der Ausübung der Servitut, mit oder ohne Bestreitung seines Rechts[16]), denn es wird dadurch thatsächlich in Frage gestellt. Endlich auch gegen den, der sein Recht nur bestreitet, wenn dies der Eigenthümer der dienenden Sache ist, weil von diesem zu erwarten steht, daß er als Nächstberechtigter seiner Weigerung die Servitut anzuerkennen auch thatsächlich Folge geben werde, und der Servitutberechtigte ein Interesse hat, gegen diese drohende Störung sicher gestellt zu werden[17]). Von einem Dritten gilt dieß nicht. Aus demselben Grunde, nehmlich wegen Wegfall jedes praktischen Interesses, cessirt die Klage, so lange die Ausübung der Servitut unmöglich ist[18]).

Dasselbe gilt nun auch, in umgekehrter Folge, von der Actio negatoria des Eigenthümers. Auch dieser kann als ungestörter Besitzer gegen den klagen, der eine Servitut an seiner Sache nur behauptet und damit gleichsam den Versuch dieß

11) *Gai.* IV. § 3. *§ 2. I. de act.* (4, 6). *L. 2. pr. D. si serv.* (8, 5).

12) *L. 5. § 1. D. si ususfr.* (7, 6). *L. 60. § 1. D. de usufr.* (7, 1). Auch der fictus possessor *L. 5. § 5. L. 6. D. si ususfr.* (7, 6).

13) *L. 9. pr. L. 10. § 1. D. si serv.* (8, 5). *L. 1. § 25. D. de aqua cott.* (43, 20).

14) *L. 17. § 1. D. si serv.* (8, 5).

15) *§ 2. I. de act.* (4, 6). *L. 5. § 6. D. si ususfr.* (7, 6). Note 37. *L. 6. § 1. D. si serv.* (8, 5). Note 29.

16) *L. 1. pr. D. si ususfr.* (7, 6). *Paul.* — quasi non patiatur uti frui. *L. 4. § 5. D. si serv.* (8, 5). *Ulp.* Si quis mihi itineris, vel actus, vel viae controversiam non faciat, sed reficere, sternere non patiatur, Pomponius — scribit, confessoria actione mihi utendum.

17) *L. 5. § 6. D. si ususfr.* (7, 6) in Note 37. *L. 9. pr. D. si serv.* (8, 5). *Paul.* — si nondum aedificavit.

18) *L. 5. L. 6. pr. D. si serv.* (8, 5).

Recht auszuüben ankündigt, während er nicht vindiciren kann gegen Einen, der sich das Eigenthum zuschreibt. Zwar könnte er sich auch gegen Jenen possessorisch schützen [19]). Aber die Gefahr thatsächlicher partieller Beeinträchtigung seines Rechts ist hier größer als bei der Vindication, und es steht ihm deshalb frei, auch die Entscheidung über das Recht sogleich herbeizuführen und sich dadurch definitiv gegen jede Beunruhigung zu sichern [20]). Um so mehr haftet der Klage zwar nicht Jeder, der sich einen partiellen Eingriff in das Eigenthum des Andern erlaubt, z. B. sein Grundstück gegen seinen Widerspruch betritt oder ihn an der freien Disposition darüber hindert [21]) oder es beschädigt [22]), weil dieß als formell widerrechtliche Handlung, als Delict, durch Berufung auf ein Recht an der Sache nicht gerechtfertigt werden kann; wohl aber wenn er etwas thut, was Ausübung eines civilen ius in re, d. h. einer Servitut sein kann, weil hierdurch ein Streit um dieses Recht veranlaßt wird [23]). Also wenn der Eigenthümer eines benachbarten Hauses mir verbietet das meinige höher zu bauen [24]), oder positiv auf mein Grundstück einwirkt, z. B. auf meinem Grund und Boden baut oder sein Gebäude auf dem meinigen ruhen läßt [25]), ja wenn zufällig seine Wand oder sein Baum in den Luftraum des meinigen herüberragt [26]). Endlich auch wenn irgend ein Dritter meine Sache als Usufructuar besitzt und gebraucht, kann ich zwar vindiciren [27]), aber auch mit der Actio

19) *L. 8. § 5. D. si serv.* (8, 5). *L. 3. §§ 2. sqq. D. uti poss.* (43, 17).

20) Stellen in Note 15 und 37.

21) *L. 23. L. 5. §§ 2—5. L. 13. § 7. D. de iniur.* (47, 10). *L. 25. D. de act. empti* (19, 1).

22) *L. 27. §§ 7—11. 25—27. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). *L. 14. § 3. D. de praescr. verb.* (19, 5). *cf. L. 3. pr. § 1. L. 4. L. 6. § 1. D. de serv. pr. rust.* (8, 3).

23) *L. 11.* D. *si serv.* (8, 5) ist eine lex fugitiva, denn der gemeinschaftliche fundus kann mir nicht dienen. *cf. L. 3. § 1. D. de op. n. n.* (39, 1). *L. 26. D. de serv. pr. urb.* (8, 2). An der gemeinsamen Wand ist eine Servitut möglich. *L. 40. D. eod. L. 14. § 1. D. si serv.* (8, 5). Vgl. Schmidt cit. S. 170 folg.

24) *L. 4. § 7. D. si serv.* (8, 5).

25) *L. 9. pr. L. 12. L. 14. pr. L. 8. § 5. D. eod.*

26) *L. 14. § 1. L. 17. pr. § 2. L. 13. D. eod. L. 2. D. de arb. caed.* (43, 27).

27) *L. 7. pr. D. us. quemadm. cav.* (7, 9).

negatoria klagen[28]) und in beiden Fällen die Frage wegen der Servitut zur Entscheidung bringen.

Ist also die Frage, wer als Kläger mit der einen oder andern Klage auftreten könne, vom Besitzstand nicht abhängig, so befindet sich doch thatsächlich der Besitzer stets in der günstigeren Lage, die Wahl zu haben, ob er klagen oder sich durch possessorische oder ähnliche Rechtsmittel im Besitz behaupten und dadurch den Andern zur Uebernahme der Rolle des Klägers und des ersten Beweises nöthigen will[29]). Dagegen muß er als Besitzer satisdatio iudicatum solvi stellen[30]), widrigenfalls wegen mangelnder defensio rei der Besitz auf den Andern übertragen und ihm überlassen wird, als Kläger aufzutreten[31]). Verschieden davon ist die Caution, die der Beklagte als solcher dem klagenden Besitzer dafür stellen muß, daß er während des Prozesses ihn im Besitz der Servitut oder des freien Eigenthums nicht stören wolle[32]).

28) *L. 11. § 2. D. de pign.* (20, 1). *L. 5. pr. § 6. D. si ususfr.* (7, 6).

29) *L. 5. § 6. D. si ususfr.* (7, 6) durch possessorische Rechtsmittel *L. 3. § 2. sq. L. 4. D. uti poss.* (43, 17). *L 3. § 8. de rivis* (43, 21). *L. 8. § 3. D. si serv.* (8, 5). Durch ähnliche *L. 6. § 1. eod. Ulp.* — si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est, nicht juristischer Besitzer, sondern in der factisch günstigen Lage, entweder zu klagen (actione civili), oder (interdicto Quod vi aut clam) den Status quo zu behaupten und mich zur Klage zu nöthigen. Vgl. Savigny, Besitz S. 603 Note e.

30) Bei der Actio confessoria *Fr. Vat.* § 92. Sicut corpora vindicanti, ita et ius, satisdari oportet. Bei der Negatoria *L. 60. § 1. D. de ususfr.* (7, 1). *Paul.* — si ipsi usufructuario quaestio moveatur, — caveri de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus est.

31) *Fr. Vat.* §§ 92. *sq. L. 60. § 1. cit.* vel si satis non datur, ipse (*sc. dominus*) frui permittitur. *L. 45. D. de damn. inf.* (39, 2). *L. 15. D. de op. n. n.* (39, 1). Die hier vorkommenden Cautionen sichern den übertragenen Besitz.

32) Bei der Actio confessoria *L. 60. § 1. D. cit.* — fructuarius nihilo minus in possessione (*sc. iuris*) esse debet, satisque a possessore (*sc. rei*) cavendum est, quod non sit prohibiturus frui eum, cui usus fructus relictus est, quamdiu de iure suo probet. Für die confessoria und negatoria *L. 7. D. de aqua coll.* (43, 20). Si de itinere, actu, aquae ductu agatur: huiusque cautio praestanda est, quamdiu quis de iure suo doceat, non se impediturum agentem et aquam ducentem et iter facientem. Quodsi neget ius esse adversario agendi, aquae ducendae: cavere sine

Der nächste Erfolg beider Klagen als actiones arbitrariae ist dann ein erster Ausspruch des Judex (pronuntiatio) über das Recht des Einen und Andern, worin die Natur der beiden Klagen erst recht zu Tage tritt. Hat der Kläger mit der Actio confessoria sein Recht, die Servitut, bewiesen, so wird diese anerkannt[33]). Die Actio negatoria als Eigenthumsklage verpflichtet den Kläger zunächst zum Beweis seines Eigenthums. Führt er diesen nicht, so wird er abgewiesen, also für den Beklagten gesprochen, wenngleich dieser kein Recht an der Sache zu beweisen vermochte[34]). Hat dagegen der Kläger sein Eigenthum dargethan, vermöge dessen er jeden Dritten von der Sache ausschließen kann, so gewinnt er den Prozeß, wenn der Beklagte nicht eine ihm zustehende Servitut beweist[35]). Für die Beweislast ist also in diesem Fall nicht die Intentio der Formel, durch welche der Kläger die Nichtexistenz der Servitut oder sein Verbietungsrecht behauptet, sondern das Verhältniß der beiden Rechte, Eigenthum und Servitut, zu einander entscheidend[36]).

Ist der Kläger mit der einen oder andern Klage ungestörter Besitzer, so genügt ihm der Ausspruch des Geschwornen

praeiudicio amittendae servitutis debebit, donec quaestio finietur, non se usurum. Vgl. *Francke Diss. de cautionibus in confessoria et negatoria actione a reo olim praestandis. Ienae* 1837. 8. Keller, Civilpr. Note 665. 666.

33) *L. 8. § 4. D. si serv.* (8, 5).

34) *L. 5. pr. D. si ususfr.* (7, 6). *Ulp.* Quodsi forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant. Natürlich wird der Beklagte in diesem Fall nur absolvirt, kein positives Urtheil zu seinen Gunsten gefällt.

35) *L. 4. § 7. D. si serv.* (8, 5). Es ist gewissermaßen eine exceptio. *cf. L. 16. D. eod. L. 11. § 2. D. de pign.* (10, 1). *L. 7. pr. D. usufr. quem. cav.* (7, 9). Der Servitutberechtigte muß unter allen Umständen de iure suo docere oder probare. *L. 60. § 1. D. de usufr.* (7, 1). *L. 10. pr. D. si serv.* (8, 5).

36) Wenn freilich die servitus altius non tollendi oder stillicidii immittendi aufgehoben oder beschränkt worden, so muß der Eigenthümer der res serviens den Beweis davon führen und klagt deshalb de altius tollendo und de stillicidio non immittendo, obgleich es weder eine Servitut an der eignen Sache, noch eine servitus servitutis giebt. *Gai.* IV. § 3. II. § 31. *§ 2. I. de act.* (4, 6). *L. 2. L. 21. D. de serv. pr. urb.* (8, 2). *L. 26. pr. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *Fr. Vat.* § 53.

zu seinen Gunsten (pronuntiatio), und dem Beklagten wird nur etwa zur Verhütung künftiger Störungen im Besitz Caution auferlegt[37]). Besitzt dieser, so ergeht ein Arbitrium auf Restitution, d. h. auf Wiedereinsetzung des Klägers in die volle Ausübung seines Rechts[38]) oder die Condemnation zum Interesse. Diese begreift auch den Schadensersatz wegen partieller Beeinträchtigung, Früchte u. s. w. Wegen Dolus und Contumacia bestimmt der Kläger, wie bei allen actiones arbitrariae, sein Interesse eidlich[39]).

Trotz dieser persönlichen Leistungen, welche den Inhalt des Restitutionsbefehls und der Condemnation bilden, entsprechen beide Klagen durch ihre Intentio dem Begriff der in rem actio[40]), weil das in diesem Haupttheil ausgedrückte Recht, Servitut und Eigenthum nicht, wie die Forderung, die Leistung einer Person zum Gegenstand hat, sondern unmittelbar auf die Sache gerichtet ist. Eigenthümlich ist aber diesen beiden Rechten die Beziehung auf einander, also mittelbar durch die Sache auch auf eine bestimmte Person[41]), die auch in der Formel ihren Ausdruck finden kann[42]). Deshalb wird der reine Rechtsstreit um die Servitut, d. h. abgesehen von thatsächlicher Störung im Besitz, mit Erfolg durch die Confessoria nur gegen den Eigen-

37) *L. 5. § 6. D. si ususfr.* (7, 6). *Ulp.* Sicut fructuario in rem confessoria agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur. Sed in omnibus ita demum, si non sit possessor qui agat: nam et possessori competunt. quodsi possident, nihil fructuum nomine consequentur. Quod ergo officium erit iudicis, quam hoc, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, proprietatis dominus ne inquietetur? Hierauf und auf die künftige Restitution bezog sich die cautio usufructuaria. *Dig.* 7, 9. Für die Caution wegen künftiger Störungen s. *L. 12. D. si serv.* (8, 5).

38) Dazu gehört bei der servitus oneris ferendi auch die refectio parietis, obgleich es keine servitus in faciendo giebt. *L. 6. §§ 2—7. L. 7. L. 8. pr. §§ 1. 2. D. si serv.* (8, 5).

39) *L. 7. cit.*

40) *Gai.* IV. § 3. *§§. 1. 2. I. de act.* (4, 6). *L. 2. pr. D. si serv.* (8, 5).

41) Deshalb schließen sich Obligationen diesem dinglichen Verhältniß an, die z. B. durch die Cautio usufructuaria ihre nähere Bestimmung und Sicherung erhalten.

42) Namentlich durch den Ausdruck des möglichen Widerspruchs INVITO EO und sonst. Vgl. Schmidt cit. IV. S. 156 folg.

thümer der res serviens, durch die Negatoria nur gegen den Servitutberechtigten erhoben, nur diese sind, nach dem Ausdruck der Neueren, positiv zur Sache legitimirt. Denn nur diesen gegenüber hat die richterliche Anerkennung seines Rechts (pronuntiatio) für den Kläger bleibenden Werth[43]). Und im Fall thatsächlicher Störung kann mit der Actio confessoria zwar z. B. der Usufructuar gegen jeden Dritten Schutz in der Ausübung seines absoluten Rechts an der Sache erlangen[44]), der Inhaber einer Prädialservitut aber nur gegen den Eigenthümer oder Besitzer des dienenden Grundstücks klagen, weil nur dieser ihn in der Ausübung seines Rechts als solchen stören kann[45]). Ja in Einem Fall, bei der servitus oneris ferendi nur gegen den Eigenthümer selbst, weil nur dieser die Nebenverpflichtung der refectio parietis zu erfüllen im Stande ist[46]). Auch die Actio negatoria wegen thatsächlicher partieller Störung im Besitz wird nur gegeben gegen den, der eine Servitut ausgeübt hat[47]), also z. B. gegen den Usufructuar, dessen Käufer oder Pfandgläubiger[48]); bei Prädialservituten gegen den Eigenthümer oder Besitzer, Pächter u. s. w. des herrschenden Grundstücks, weil nur dieser ein wesentlich diesem Grundstück zustehendes Recht aus-

43) *L. 5. pr. § 6. D. si ususfr.* (7, 6). Note 5. 37. *L. 4. § 2. D. si serv.* (8, 5). *Ulp.* Competit autem de servitute actio domino aedificii negantem servitutem se vicino debere.

44) *L. 5. § 1. D. si us.* (7, 6). *Ulp.* Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat, an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. Et Iulianus — scribit, hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere: nam si fundo fructuario servitus debeatur —, usumfructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum *L. 1. pr. eod.* si non patiatur eum ire agere

45) *L. 10. § 1. D. si serv.* (8, 5) steht nicht entgegen. *cf. L. 15. L. 21. D. de serv. pr. rust.* (8, 3). Wenn ein Dritter, der zu dem dienenden Grundstück in keiner Beziehung steht, mich im Gebrauch des Weges hindert, so werde ich nicht mit der Confessoria, sondern Injuriarum klagen; wenn er eine Wasserleitung zerstört, mit einer Schadensklage u. s. w. *cf. L 29. § 1. D. ad leg. Aquil.* (9, 2).

46) *L. 1. § 1. D. de serv. pr. urb.* (8, 2). Dieß veranlaßte Ulpian zu der Bemerkung, daß sie dennoch eine in rem actio sei. *L. 6. § 3. D. si serv.* (8, 5). Der Zusatz: sicuti ceterarum servitutium intentio ist auf das unmittelbar Vorhergehende: adversus dominum bezogen, wenigstens ungenau.

47) S. oben Note 21 folg.

48) Note 28.

üben kann. Besser wird der Eigenthümer des angeblich dienenden Grundstücks freilich aus dem oben (Note 43) angeführten Grunde thun, sich wo möglich an den Eigenthümer des herrschenden Grundstücks zu halten[49]).

Standes- und Familienrechte wurden noch zu Cicero's Zeit als Vindicationen durch Legis Actio Sacramenti zur Entscheidung vor die Centumvirn[50]) und ihren Vorstand, die Decemvirn, gebracht[51]). Die Sponsionsklage scheint schon sehr früh darauf angewandt worden zu sein[52]). Später aber wurde auch hier, der Formula petitoria entsprechend, die Behauptung des Klägers zur Intentio einer Formula gemacht, die aber, weil daraus eine Geldzahlung nicht gefolgert werden kann, keine Condemnatio hatte, also eine formula praeiudicialis sein mußte[53]). Insofern das behauptete Recht ein absolutes ist, das jeder Dritte anerkennen muß, nicht eine Forderung gegen den bestimmten Schuldner, konnten auch diese Klagen gewissermaßen zu den in rem actiones gerechnet werden[54]). Da also alle Klagen, mit alleiniger Ausnahme der Schuldklagen, nicht in personam, sondern in rem sind, so ist diese Eintheilung eine erschöpfende[55]).

---

49) Dieß ist wohl der Grund, daß die Klage z. B. gegen den Pächter nicht erwähnt wird.

50) *Cic. de or.* I. 38. — tutelarum, gentilitatum, agnationum — iura —: cum omnino quid suum, quid alienum, quare denique civis an peregrinus, servus an liber quispiam sit, ignoret.

51) *Cic. pro Caec.* 32. *Decl. de domo* 29.

52) S. oben § 24 Note 26.

53) S. § 87 Note 27 und unten § 97.

54) *§ 13. I. de act.* (4, 6). Praeiudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber, an libertus sit vel de partu agnoscendo.

55) *§ 1. I. de act.* (4, 6) in § 88 Note 1, worin eine indirecte Bestätigung des *§ 13. eod.* Note 54 liegt.

2. In personam actiones.

§ 93. In personam actiones sind also die Klagen aus Schuldverhältnissen (obligationes) [1]), und da die Römer deren Begriff auf's Schärfste bestimmen und nirgends davon abweichen, so kann es Fälle, die zwischen der in personam und der in rem actio in der Mitte ständen, nicht geben [2]). Charakterisirt wird aber das Schuldverhältniß durch die Richtung 1) auf eine bestimmte Person (in personam), den Schuldner, gegen den allein deshalb auch die Schuldklage geht [3]), und 2) durch eine bestimmte Vermögensleistung desselben, ein dare, facere, praestare [4]), das auch den nächsten Gegenstand der Klage bildet [5]). Der mittelbare Grund der Klage (causa remota)

1) *Gai.* IV. § 2. In personam actio est, qua agimus — cum aliquo, qui nobis — obligatus est *rel. Ulp. L. 25. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis *rel.*

2) Nur Justinian *§ 20. I. de act.* (4, 6) schreibt den Theilungsklagen eine mixta causa, tam in rem quam in personam zu und von der actio finium regundorum sagt *L. 1. D. fin. reg.* (10, 1). pro vindicatione rei est. Wirklich aber sind sie in personam, nur daß das ihnen zum Grund liegende Schuldverhältniß auf einer dinglichen Gemeinschaft beruht. *L. 1. cit. L. 1. § 1. D. fam. erc.* (10, 2). — In rem scripta bezeichnet die Fassung gewisser in personam actiones und der entsprechenden exceptiones. *L. 9. § 8. D. quod met. causa* (4, 2). *L. 4. § 33. D. de doli exc.* (44, 3). Ebenso heißt es von den Interdicten in *L. 1. § 3. D. de interd.* (43, 1) interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. — Inwiefern die hereditatis petitio eine mixta personalis actio ist, s. in § 91 Note 12.

3) *Gai. cit.* Note 1. *Ulp. ibid.* et semper adversus eundem locum habet.

4) *L. 3. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). *Paul.* Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. *L. 37. pr. D. de op. lib.* (38, 1). *Lex Rubria c. 22. vers.* 31—34. Für Vermögensleistung s. *L. 9. § 2. D. de statu lib.* (40, 7). *Ulp.* — ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.

5) *Gai. cit.* id est cum intendimus, dare facere praestare oportere. Diese Aufzählung möglicher Gegenstände der persönlichen Klagen steigt vom Besondern zum Allgemeinen auf; denn facere begreift auch das dare *L. 218. D. de verb. sign.* (50, 16)

ist so mannichfaltig, als die Entstehungsgründe der Schuldverhältnisse (causae debendi) sind[6]).

Was die Benennung betrifft, so wird die in personam actio auch **actio** schlechthin genannt im Gegensatz der petitio, d. h. der in rem actio, und der persecutio, unter welcher allgemeinen Bezeichnung dann vorzugsweise die extraordinaria cognitio begriffen wird[7]). **Condictio** dagegen ist ein engerer Begriff; denn es wird ausdrücklich nur auf Klagen auf dare oder facere, mit Ausschluß des praestare bezogen[8]). Diesen Begriff zu bestimmen, ist unsere nächste Aufgabe.

Der sichere geschichtliche Ausgangspunkt hierfür ist die Nachricht, die wir Gaius verdanken, daß durch die Lex Silia für certa pecunia und durch die Lex Calpurnia de omni certa re eine Legis Actio per condictionem d. h. mit einer Denunciation des dreißigsten Tages zur Bestellung des Judex eingeführt worden, und daß im Formularprozeß die Klage mit der Intentio SI PARET DARE OPORTERE an ihre Stelle getreten sei, die eben deshalb condictio genannt werde, obgleich uneigentlich,

und praestare Beides. *Dirksen Manuale h. v.* § 3. Es ist daher nicht ganz richtig, wenn die Neuern Letzteres **nur** auf gewisse Leistungen beziehen. Vgl. Note 80.

6) *Gai. cit.* vel ex contractu vel ex delicto. *cf.* III. § 88.

7) Am Frühesten Aquilius Gallus in der stipulatio Aquiliana *L. 18. D. de acceptilat.* (46, 4). *§ 3. Inst. quib. mod. obl. toll.* (3, 29). Später *Ulp. L. 178. § 2. D. de verb. sign.* (50, 16). *Pap. L. 28. D. de obl. et act.* (44, 7). *cf. L. 37. pr. L. 51. eod.* Auch der ganze Titel *Dig.* 44, 7. *de obligationibus et actionibus*, mit dem vorausgehenden und den folgenden deutet auf diesen engsten Sinn von actio.

8) *Gai.* IV. § 5. Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, **quibus dari fieri**ve intendimus, **condictiones**. Wie das erste Glied des Gegensatzes alle dinglichen Klagen, so scheint das zweite alle persönlichen umfassen zu müssen; allein vgl. Note 5. Dieß erklärt die Zweideutigkeit des sonst so präcisen **Ulpian** in *L. 25. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). Actionum genera sunt duo: in rem quae dicitur vindicatio, et **in personam quae condictio** appellatur: — in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis **ad faciendum aliquid vel dandum**. Es kommt freilich hinzu, daß, wie obligatio schlechthin für die Contractsschuld, so auch die den strengrechtlichen Contractsobligationen entsprechende condictio repräsentativ für die persönliche Klage überhaupt genannt werden kann.

weil dabei eine solche Denunciation nicht mehr statt finde [9]). Wir sind hiernach berechtigt, Condictio zunächst für gleichbedeutend zu nehmen mit der Klage auf dare oportere einer bestimmten Summe Geldes (certa pecunia) oder einer speciellen Sache oder einer bestimmten Quantität fungibler Sachen (certa res), überhaupt eines Certum. Die gemeinsame Eigenthümlichkeit dieser Fälle besteht darin, daß bei der Bestimmtheit der Formula der Judex dem Kläger nur entweder das Geforderte zu- oder absprechen, nicht mindern oder mehren kann, jeder Fehler in der Klage also den Verlust des Prozesses zur Folge hat [10]), und Erweiterungen des Klagobjects (omnis causa) als Früchte, Zinsen u. s. w. insofern ausgeschlossen sind [11]). Die Klage hat deshalb eine strengrechtliche Natur (actio stricti iuris), begründet ein Judicium, kein Arbitrium [12]), und entspricht auch in dieser Beziehung dem ihr zum Grund liegenden Schuldverhältniß: auch dieses muß dem strengen Recht angehören [13]) und auf ein Certum gerichtet sein [14]).

Diese Bestimmtheit des Klagobjectes und somit die Strenge der Klage hat aber noch verschiedene Grade. Absolut bestimmt ist nur eine Summe Geldes (certa pecunia) [15]) durch die Zahl

9) *Gai.* IV. §§ 18–20. 23.

10) S. § 87 Note 9—11.

11) Bestimmteres s. in Note 20. 34. 35. 58. 69. 70. 72.

12) S. Note 80 und § 94.

13) Z. B. Stipulation, nicht ein bonae fidei Contract.

14) *Gai.* IV. § 53. — sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. Daß die stipulatio certa und incerta oder certi und incerti (*L. 68. L. 74. L. 75. D. de verb. obl.* 45, 1) eine entsprechende Formula begründe, leugnet Savigny, System V. S. 629 wegen *L. 75. § 3. eod.* Aber s. Puchta, Institut. § 165 Note i und Keller, Zeitschr. für gesch. RW XV. S. 147. Auch wegen der Verpflichtung zur Tradition des Usufructus (*L. 3. pr. D. de usufr.* 7, 1) *cf. Gai.* II. § 204. *L. 3. § 1. D. de act. empti* (19, 2) und wegen der Gegenleistung des Usufructuars, z. B. der cautio usufructuaria, ging die Klage auf incertum. Entscheidend für unsre Ansicht ist *L. 75. § 8. eod.* — potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere. *cf. L. 24. D. de reb. cred.* (12, 1). *pr. I. de verb. obl.* (3, 16) in Note 56.

15) Als Gegenstand einer Obligation pecunia certa credita (oder debita). *Lex Rubr. c.* 21. 22. pecunia certa credita. *Lex Iulia mun. vers.* 45. pecunia credita. *Gai.* III. § 124. Pecuniam autem creditam dicimus non so-

(numerata)[16]) und den absoluten Werth der Geldstücke als allgemeiner Werthzeichen (signata)[17]), für welche deshalb certum schlechthin, im prägnanten Sinn gesagt wird[18]). Dieselbe absolute Bestimmtheit hat in diesem Fall die Formula, weil dieselbe Summe Geldes dem Judex in der Intentio und in der Condemnatio als Gegenstand der Untersuchung und des Urtheils vorgezeichnet ist[19]), derselbe also unter keinen Umständen zu Weniger oder zu Mehr, z. B. zu Zinsen, condemniren kann[20]). Sie heißt deshalb condictio certi schlechthin[21]). Die Angabe der causa debendi ist ihr nicht wesentlich[22]); doch war sie möglich und für den Kläger nothwendig, wenn er sich die Forderung aus einem anderen Grunde vorbehalten wollte[23]).

lam eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tunc, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri. *cf.* IV. §§ 13. 33. pecuniam certam debitam.

16) *Gai.* II. § 196. — quae pondere, numero, mensura constant, — veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam. III. §§ 90. 141. *L. 1. pr. D. de cond. trit.* (13, 3) in Note 21. Im ältesten Recht auch pondere. *Gai.* I. § 122. III. § 175.

17) *Lex Rubria c.* 21. 22. — signata forma publica populi Romani. Nur römisches Geld, Courant, ist wahrhaft Geld, fremdes ist Waare. *Volus. Maec.* § 45. Victoriatus —, qui nunc tantundem valet quantum quinarius, olim ut peregrinus nummus loco mercis ut nunc tetradrachmum et drachma habebatur. Der Victoriatus hatte einen festen Cours erhalten.

18) *L. 6. pr. §§ 1. 2. D. de confessis* (42, 2). *L. 25. § 2. D. ad leg. Aquil.* (9, 2).

19) S. § 87 Note 8. 33. 34.

20) *Gai.* IV. § 52. Debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa petita condemnet: alioquin litem suam facit. II. § 280. legatorum (*sc. per damnationem relictorum cf. in sqq.* sinendi modo) usurae non debentur. Die einzige directe Beweisstelle auch für das Justinianische Recht.

21) *L. 9. pr. D. de reb. cred.* 12, 1). *Ulp.* Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur. Vgl. Note 18. *L. 1. pr. D. de cond. trit.* (13, 3). *Ulp.* Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur SI CERTUM PETITUR. *Dig.* 12, 1. de rebus creditis si certum petetur et de condictione. *Cod. Iust.* 4, 2. si certum petatur. Dagegen nennt sie *Gai.* IV. § 50. unzweideutiger: formula, qua certam pecuniam petimus. § 33. actio certae creditae pecuniae, und sonst immer.

22) *Cic. pro Rosc. com.* 5. setzt die Möglichkeit verschiedener causae debendi der Klage des Fannius voraus, deren keine also in der Klage angegeben war.

23) *Gai.* IV. § 55. Si quis

Sie kann daher aus den verschiedensten Schuldverhältnissen angestellt werden, insofern diese nur auf ein Certum gehen[24]), also auch strengrechtlich (stricti iuris) sind. Von Verträgen sind dies nur die Stipulation, das Gelddarlehn und der Literalcontract[25]), aus Testament das Damnationslegat[26]). Von andern Fällen wird nachher zu sprechen sein. Die Strenge dieser Klage zeigte sich außerdem darin, daß der Kläger sowohl als der Beklagte dem Gegner das durch die Lex Silia eingeführte Succumbenzgeld von 33$^1/_3$ Procent der Klagsumme durch eine Sponsio und Restipulatio promittiren mußte[27]).

Der Fall der Lex Calpurnia (de omni certa re) hat zwar auch hinreichende Bestimmtheit, damit der Gegenstand des Schuldverhältnisses certum, keines Falls incertum heißen kann, er mag nun in einer Species oder in qualitativ und quantitativ genau bestimmten fungiblen Sachen bestehen[28]). Auch

aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari, eumque ex integro agere posse —: veluti — si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur. Hiernach also in der Intentio, nicht in einer Demonstratio oder Praescriptio. *cf. Quintil. Inst. or.* IV. 2. certam creditam pecuniam peto ex stipulatione.

24) *L. 9. pr. D. de reb. cred.* (12, 1). Note 21. 78.

25) *Cic. pro Rosc. com.* 4. Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem. — adnumerasse sese negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. reliquum est, ut stipulatum sibi esse dicat. praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non video. *c.* 5. Pecunia petita est certa. — Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit *rel.* Für Darlehn ist nicht numerata (Note 16), sondern adnumerata oder data das entscheidende Wort. *Gell.* XIV. 2, 4. pecunia data numerataque. *Gai.* III. § 124. quam credendi causa damus. Nicht nur das Testament, von dem hier keine Rede sein konnte, sondern gerade die causa debendi, auf die Fannius seine Klage gründete, läßt Cicero in seiner Weise aus.

26) *Gai.* II. §§ 204. 280. *cf.* § 213. *L. 9. § 1. D. de reb. creditis* (12, 1). *Ulp.* ex legati causa.

27) *Cic. pro Roscio com. c.* 4. Pecunia — certa, quae nunc petitur, in qua legitimae partis sponsio facta est. *c.* 5. Pecunia petita est certa: cum tertia parte sponsio facta est. *Gai.* IV. §§ 13. 171. 180.

28) *L. 74. D. de verb. obl.* (45, 1). *Gai.* Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit: ut ecce auri decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici

die vom Prätor dafür aufgestellte Formel ist deshalb keine formula incerta [29]); denn die Intentio bezeichnet den Gegenstand der Untersuchung so genau [30]), daß der Judex schlechthin daran gebunden ist und ihre unrichtige Fassung wenigstens den Verlust dieses Prozesses zur Folge haben muß [31]). Allein der Geldwerth dieses Gegenstandes ist von vorn herein ungewiß, und da der Judex nach dem allgemeinen Grundsatz nur zu diesem condemniren kann [32]), so muß die Condemnatio auf incerta pecunia lauten und dem Judex die Schätzung der Sache (litis aestimatio) überlassen [33]). Die Folge ist, daß er zwar den in der causa debendi und der Intentio bezeichneten Gegenstand in Bezug auf Früchte und Zinsen nicht überschreiten [34]), wohl aber, vermöge der durch die Litiscontestation begründeten und durch die Condemnatio normirten Verpflichtung des Beklagten [35]), von da ab omnis causa in die Litis Aestimatio herein-

Africi optimi modii centum *rel.* *L. 75. § 1. eod. Ulp.* Si quis fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem. *Gai.* III. § 175. quod pondere, numero constet, et ita si certum sit. quidam et de eo quod mensura constat, idem existimant. IV. § 9. quae per damnationem certa relicta sunt.

29) *Gai.* IV. § 54. Illud sane apparet, in incertis formulis plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oporteat intendatur, nemo potest plus intendere. *cf.* § 53.

30) *Gai.* IV. § 33. — sive pecuniam, sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis intendimus. II. § 204.

31) *Gai.* IV. §§ 53. 55. — ex integro agere posse —, si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit. *cf.* § 56.

32) *Gai.* IV. §§ 48. 52. Oben § 87 Note 35 – 37.

33) *Gai.* II. § 202. IV. § 51 *L. 3. L. 4. D. de cond. trit.* (13, 3). *L. 39. § 1. D. de leg.* 1. (30). *L. 98. § 8. D. de solut.* (46, 3). Die Condemnatio für diesen Fall ist uns nicht erhalten, lautete aber ähnlich, wie bei der in rem actio, auf QUANTI EAM REM PARET ESSE. *L. 114. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 179. L. 193. D. de verb. sign.* (50, 16). Vgl. Savigny, System V. S. 612. VI. S. 205.

34) Für Früchte s. *Gai.* II. § 280. *L. 78. § 1. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 38. § 7. D. de usuris* (22, 1). Die Ausnahmen s. unten Note 70. Bei dem Darlehn fungibler Sachen können versprochene Zinsen gefordert werden. *L. 12. L. 23. C. I. de usuris* (4, 32).

35) *Gai.* III. § 180. — incipit autem teneri reus litis contestatione; — et hoc est, quod apud veteres scriptum est: — post

ziehen kann[36]). Was den Namen dieser Klage betrifft, so heißt auch sie wie die Legis Actio, an deren Stelle sie getreten ist, condictio[37]). Wegen ihrer Zwitternatur konnte sie aber weder condictio certi noch incerti genannt werden; deshalb blieb ihr der alte vom Marktverkehr herrührende Name condictio triticaria[38]). Auch sie wird aus jeder stricti iuris Obligation, die certa res zum Gegenstand hat, gegeben, Stipulation, Darlehn fungibler Sachen und Testament[39]), und kann in ihrer Intentio auf Einen dieser Gründe beschränkt werden[40]). Freier ist sie endlich auch darin, daß das Versprechen eines Succumbenzgeldes nicht gefordert wird.

Wie aber wenn ein Incertum, ein nicht völlig bestimmtes Geben oder irgend ein Thun stipulirt ist[41])? Vor der Lex Aebutia war dafür weder die sacramenti actio[42]), noch eine condictio anwendbar; aber eben so wenig die iudicis arbitrive postulatio, da die strengrechtliche Natur des formellen Contracts die freie Berücksichtigung der Billigkeit ausschloß. Im Formularprozeß konnte daher das an deren Stelle getretene Arbitrium (actio bonae fidei) oder eine der neu geform-

litem contestatam condemnari (*debitorem*) oportere. Deshalb muß der Kläger allgemein erhalten, was er haben würde, wenn er zur Zeit der Litiscontestation befriedigt worden wäre. *L. 31. D. de reb. cred.* (12, 1). *L. 20. D. de rei vind.* (6, 1).

36) *L. 2. L. 3. § 1. L. 10. L. 38. § 7. D. de usuris* (22, 1). *L. 31. pr. D. de reb. cred.* (12, 1). *L. 91. § 7. D. de leg.* 1. (30). *L. 8. D. de re iud.* (42, 1). *L. 1. L. 4. C. l. D. usuris et fruct. leg.* (6, 47). *cf. L. 3. § 2. D. commodati* (13, 6). *L. 4. D. de cond. trit.* (13, 3).

37) *Gai.* IV. §§ 18. 33.

38) *Rubr. Dig.* 13, 3. de condictione triticiaria. *L. 1. pr. eod. Ulp.* Qui certam pecuniam numeratam petit, ista actione utitur SI CERTUM PETETUR: qui autem alias res, per triticiariam actionem petet. et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, quae sint praeter pecuniam numeratam: sive in pondere, sive in mensura constent, sive mobiles sint, sive soli: quare fundum quoque per hanc actionem petimus *rel.*

39) *Gai.* IV. § 19. de omni certa re. II. § 204. *cf.* § 213. *L. 1. pr.* Note 38 und die folgende Note.

40) *Gai.* IV. § 55. si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur.

41) *L. 74. L. 75. §§ 1—8. L. 68. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 2. pr. D. de usuris* (22, 1).

42) Vgl. § 43 Note 13.

ten Condictionen auch nicht angewandt werden. — Zunächst half die poenae stipulatio aus, die im freien Verkehr sich schon dadurch empfahl, daß das Interesse des Klägers nicht erst bewiesen zu werden brauchte[43]), und die der Prätor bei der ältesten gerichtlichen Stipulation, dem Vadimonium, der raschen Erledigung wegen selbst vorschrieb[44]). Später aber führte er prätorische Stipulationen in Fällen ein, wo die Bestimmung des Interesses zum Voraus theils nicht möglich[45]) theils nicht nothwendig schien[46]). Die Folge war, daß auch eine stipulatio incerti auf QUANTI EA RES ERIT nicht nur in diesen Fällen[47]), sondern auch im freien Verkehr zugelassen wurde[48]); desgleichen die Auferlegung eines Incertum im Testament[49]), dessen Entrich-

43) *L. 11. D. de stip. praet.* (46, 5). *Venul.* — commodius est certam summam comprehendere; quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit. *§ 7. I. de verb. obl.* (3, 16).

44) *Gai.* IV. § 186. Auch quanti ea res erit ist beim Judicatum und Depensum eine bestimmte Summe Geldes. *cf.* § 185. ut qui non steterit, is protinus in summam vadimonii condemnetur. *L. 2. pr. L. 5. § 1. L. 9. § 1. D. si quis caut.* (2, 11). Erst spät entschied man sich für die Zulässigkeit einer stipulatio incerti in diesem Fall. Celsus bei Ulpian in *L. 81. pr. D. de verb. obl.* (45, 1). *cf. L. 2. § 5. D. qui satisdare* (2, 8). *L. 12. L. 14. D. si quis caut.* (2, 11). Hierin liegt eine Bestätigung der oben § 43 Note 13 aufgestellten Behauptung, daß ursprünglich die stipulatio incerti überhaupt nicht klagbar war.

45) So bei damnum infectum *Lex Rubria c.* 20. *L. 2. § 2. D. de stip. praet.* (46, 5). *L. 5. § 2. L. 28. L. 39. § 4. L. 40. pr. D. de damn. inf.* (39, 1), bei operis novi nuntiatio *L. 2. pr. § 1. D. de stip. praet.* (46, 5) und ratam rem haberi *L. 8. § 2. L. L. 13. pr. L. 18. L. 19. L. 22. pr. § 5. D. ratam rem hab.* (46, 8).

46) Bei iudicatum solvi *L. 9. D. iud. solvi* (46, 7). *Ulp.* Iudicatum solvi stipulatio expeditam habet quantitatem: in tantum enim committitur, in quantum iudex pronuntiaverit, und rem pupilli salvam fore, über deren Betrag der Erfolg der actio tutelae entscheidet. *L. 11. D. rem pupilli* (46, 6).

47) Insofern sie möglich war, schien indeß auch hier die poena bequemer. *L. 11. D. de stip. praet.* (46, 5). Note 43.

48) Auf diese geschichtliche Folge der Stipulation des dare und facere deutet auch *§ 7. I. de verb. obl.* (3, 15), ohne Zweifel aus *Gai. Inst. p.* 153. Doch erklärte es Labeo noch für usitatius et elegantius, eine poena hinzuzufügen. *L. 137. § 7. D. de verb. obl.* (45, 1). *cf. § 7. I. cit.*

49) Insbesondre sinendi modo, wodurch der Erbe nur verpflichtet wird, es geschehen zu lassen, daß

tung durch eine poena zu sichern, dem Begriff des Legats widersprochen hätte[50]). — Die Klage konnte in allen diesen Fällen in der Condemnatio nur auf das Interesse gerichtet werden[51]), in der Intentio das nicht völlig bestimmbare Object des Schuldverhältnisses dem Judex zur näheren Ermittelung anheimgeben[52]), und in einer vorausgehenden Demonstratio das Rechtsgeschäft, das ihm zum Grunde lag, bezeichnen[53]). Condictio konnte sie nicht genannt werden, weil sie der Legis Actio per condictionem in keiner Weise entsprach[54]). Sie heißt constant incerti actio[55]), und zwar sowohl ex stipulatu als ex testamento[56]), weil die auf incertum gerichtete causa debendi in der Demonstratio ihr wesentlich ist. Ihre unbestimmte Fassung macht das fehlerhafte plus

der Legatar die Sache an sich nehme. *Gai.* II. §§ 209. 213.

50) *Gai.* II. § 235. *Ulp.* XXIV. § 17.

51) Nicht mit der Formel: QUANTI EAM REM PARET ESSE, sondern beziehungsweise auf die intentio incerta: QUIDQUID —: EIUS IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO. *Gai.* IV. § 47. Auch mit einer taxatio. *Id.* §§ 43. 51. *Lex Rubria c.* 20.

52) QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE, oder QUIDQUID OB EAM REM DARE FACERE OPORTET. *Gai.* IV. §§ 41. 131. 136. II. § 213.

53) QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST. *Gai.* IV. §§ 136. 137. Vgl. oben § 87 Note 16.

54) Rudorff, Rechtsg. II. S. 148 hat dieß zuerst bemerkt, während Savigny, Puchta, Huschke, Keller u. A. sie allgemein condictio incerti nennen. Vgl. Note 72.

55) *L. 27. § 7. D. de receptis* (4, 8). *L. 8. D. de usufr. ear. rer.* (7, 5). *L. 75. § 4. D. de leg.* 1. *L. 3. C. I. de inutil. stip.* (8, 39). *Gai.* IV. § 131. nennt sie formula, qua incertum petimus. Beides begreift aber auch die actio bonae fidei, s. unten § 94 und § 96 Note 96, formula incerta (*Gai.* IV. § 54.) auch die in rem incertae partis actio.

56) *L. 24. D. de reb. cred.* (12, 1). *Ulp.* Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet: sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur. Certum = certa pecunia; daher die condictio triticaria nicht erwähnt wird. *pr. Inst. de verb. obl.* (3, 16). Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, cum quid dari fierive stipulamur. ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio [certi], si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit. Die condictio triticaria konnte hier nicht unerwähnt bleiben, daher die Lesart certi wohl zu verwerfen. *L. 31. D. de receptis* (4, 8). *Paul.* II. 22. § 2. *L. 1. § 4. D. quar. rer. act.* (44, 6). Den vollständigen

oder minus petere unmöglich[57]) und gestattet dem Judex Accessionem aller Art (omnis causa) zu berücksichtigen[58]). Hierin nähert sie sich also der freien Contractsklage (arbitrium, actio bonae fidei), obgleich sie um ihres Grundes willen stricti iuris ist. Da aber die Römer fern waren von abergläubischer Verehrung des strengen Rechts, vielmehr überall das wahre, gleiche Recht für Alle (aequum ius) zu verwirklichen suchten, so fanden sie auch hier den Weg dazu. Diesem Zweck diente die clausula doli[59]), die der Prätor den in seinem Edict vorgeschriebenen Stipulationen einrückte[60]), und die kein vorsichtiger Contrahent der Cautio hinzuzufügen unterließ. Von dem bonae fidei Contract unterschied sie sich dann nur noch durch ihre Einseitigkeit; hatten aber beide Theile durch gegenseitige Stipulation sich also verpflichtet, so war dann die actio ex stipulatu der actio bonae fidei gleich[62]).

Namen geben *L. 4. pr. D. de usuris* (22, 1). *Papin.* actio incerti ex stipulatu und *L. 8. § 6. D. de lib. leg.* (34, 3). *Pomp.* agere ex testamento incerti.

57) *Gai.* IV. § 54.

58) *L. 4. pr. D. de usuris* (22, 1). *Gai.* II. § 280. *cf.* § 213.

59) DOLUM MALUM ABESSE ABFUTURUMQUE ESSE ist die gewöhnliche Formel; vielleicht auch RECTE DARI FIERI FIDE *L. 122. § 1. D. de verb. obl.* (45, 1), oder bloß RECTE *L. 73. D. de verb. sign.* (50, 16) und endlich geradezu EX FIDE BONA *Lex Rubria c.* 20.

60) Iudicatum solvi *L. 17. L. 19. D. iud. solvi* (46, 7). Rem ratam haberi *L. 19. L. 22. § 7. D. rem rat. hab.* (46, 8). Damni infecti *Lex Rubr. cit.* u. A. S. Huschke, Gaius S. 231 Note 92. 94. Nicht rem pupilli salvam fore, weil diese den ganzen Inhalt der actio tutelae, also auch die bona fides umfaßte, wie jede auf eine bonae fidei Obligation gegründete Stipulation.

61) *L. 53. L. 119. D. de verb. obl.* (45, 1). *Brissonius de formulis* VI. 180.

62) Auf diesen Fall beschränkt dieß mit Recht Huschke a. a. O. Note 81. *L. 31. D. de receptis* (3, 8). *L. 3. C. I. eod.* (2, 56). Regelmäßig war die Stipulation nur einseitig, wo dann die Clausula doli nur die actio incerti ex stipulatu wegen Dolus gegen den Promissor, keine exceptio begründete. *L. 38. § 13. L. 121. pr. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 4. § 16. D. de doli exc.* (44, 4). Daß ihrer intentio die Clausel ex fide bona eingerückt wurde, wie Huschke a. a. O. S. 231 behauptet, bezweifle ich. Der allgemeine Grundsatz der *L. 7. D. de neg. gestis* (3, 8). *Paul.* Tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio, galt hier umgekehrt und begriff z. B. die Leistung der Früchte. *L. 73. D. de verb. sign.* (50, 16).

Allerdings ist Begriff und Name der Condictio nicht auf die oben erwähnten zwei Fälle der Lex Silia und Calpurnia beschränkt geblieben, sondern, und zwar schon durch die Veteres vor Cicero, auf andere Fälle ausgedehnt worden, welche die classische Jurisprudenz auf Ein höchst fruchtbares Princip des Obligationenrechts zurückführt [63]). Wenn der Eigenthümer seine Sache oder sein Geld einem Andern gibt, nicht um zu schenken (donandi animo), d. h. ihn dadurch unter allen Umständen zu bereichern [64]), sondern unter Voraussetzung einer bestimmten Thatsache, die nicht bloß das subjective Motiv, sondern den objectiven Rechtsgrund seines Gebens bildet (datum ob causam), und dieser ist entweder factisch nicht vorhanden oder rechtlich unzulässig, so besitzt der Andere das Gegebene ohne allen Grund (sine causa) [65]) oder doch ohne Rechtsgrund (ex iniusta oder ob turpem causam) [66]), also auch gegen den Willen des Gebers oder gegen das Recht, also jeden Falls widerrechtlich. Der Geber kann aber nicht vindiciren, in so fern der andere Eigenthümer geworden [67]); es muß ihm also, um dies Unrecht auszugleichen, eine Klage auf die Rückgabe der Summe Geldes oder

63) Savigny, System V. §§ 218—220. Beil. XIV. entwickelt dieß mit gewohnter Meisterschaft. Wenn er aber daraus den Ursprung und Begriff der Condictionen überhaupt ableitet, so kann ich ihm darin nicht beitreten. Vgl. auch Böcking, Instit. S. 136 folg. Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850. 8. hat mit Aufwendung großen Scharfsinns jenes Princip auf eine allgemeinere Basis zu stellen versucht, als die römischen Juristen thun, was, wenn von Darstellung des römischen Rechts die Rede ist, mir bedenklich erscheint.

64) Die Schenkung ist ein reines Geben, das seinen Grund in sich selbst trägt.

65) Diesen allgemeinen Ausdruck beschränken die römischen Juristen auf die causa praesens oder praeterita *Dig.* 12, 7. *Cod. Iust.* 4, 9., wohin insbesondre die condictio indebiti gehört. *Dig.* 12, 6. *Cod. Iust.* 4, 5. Die causa futura, causa non secuta, begründet die condictio ob causam datorum. *Dig.* 12, 4. *Cod. Iust.* 4, 6.

66) *Dig.* 12, 5. *Cod. Iust.* 4, 7. 9.

67) Durch Mancipation oder Tradition, deren Wirkung von der causa nicht abhängig ist (*cf. L. 36. D. de acq. rer. dom. L. 18. pr. D. de reb. cred.* 12, 1), jeden Falls durch Usucapion oder Consumption. *L. 29. D. de cond. indebiti* (12, 6). *L. 1. C. I. eod.* (4, 5). *cf. Gai.* IV. § 4.

68) *Gai.* III. § 91.

der Sache, auf DARE OPORTERE [68]), also eine condictio, certi [69]) oder triticaria [70]), gegeben werden, die die römischen Juristen im ersten Fall der condictio ex mutuo vergleichen [71]). Ist das Object aber der Art, daß es erst durch die Untersuchung und Schätzung des Judex seine völlige Bestimmtheit erhalten kann, so nennen sie die Klage der Rückforderung wegen zwar condictio, aber incerti, weil auf QUIDQUID DARE FACERE OPORTERE gerichtet [72]). Diese Fälle sind besonders häufig, weil die Bereicherung das Fundament sowohl als das Object der Klage bildet und regelmäßig einer näheren Ermittelung bedarf [73]). — Endlich brachte man dieß Princip auch zur Anwendung, wenn die Bereicherung nicht auf dem Geben des Eigenthümers, sondern auf Zufall oder dem Thun des Besitzers beruhte, z. B. Consumption der Früchte einer fremden Sache [74]) oder Verkauf derselben, wo anstatt der Vindication der Sache selbst das Pre-

69) Condictio indebiti *§ 1. I. quib. mod. re* (3, 15). *§ 6. I. de obl. quae quasi ex contr.* (3, 28). *L. 5. § 3. D. de obl. et act.* (44, 7). Daher ohne Zinsen. *L. 1. C. I. de cond. indebiti* (4, 5). Cond. ob causam datorum *L. 4. L. 10. D. de cond. caus. data* (12, 4). Sine causa *L. 2. D. de cond. sine causa* (12, 7). Ob turpem causam *L. 8. pr. D. de cond. ob turp.* (12, 5).

70) *L. 7. D. de cond. ind.* (12, 6). aut ipsum aut tantundem. *L. 2. C. I. de cond. ob caus. dat.* (4. 6). *L. 1. C. I. de don. quae sub modo* (8, 55). Hier wird auch omnis causa präſtirt *L. 15. pr. L. 65. § 5. D. de cond. ind.* (12, 6). *L. 8. § 2. D. de cond. furt.* (13, 1). *L. 38. §§ 1—3. D. de usuris* (22, 1) und sehr bestimmt die ex stipulatu actio von der condictio unterschieden. *L. 38. § 7. D. eod. Pap.* Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit *rel.*

71) S. die Stellen in Note 68. 69.

72) Cond. indebiti *L. 60. D. de leg.* 1. (30). *L. 2. § 4. D. de don.* (39, 5). *L. 12. D. de novation.* (46, 2). *L. 5. § 1. D. de act. empti* (19, 1). *L. 35. D. de serv. pr. urb.* (8, 2). Sine causa *L. 1. pr. § 1. L. 3. D. de cond. sine causa* (12, 7). Daß auch hier omnis causa präſtirt wird, versteht sich von selbst, weil die Bereicherung der Maßstab für die Verpflichtung ist.

73) *L. 14. D. de cond. ind.* (12, 6). Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento locupletiorem fieri. Eine regula iuris, die ihre Begrenzung aus dem Recht (ex iure), von dem sie abstrahirt ist, empfängt. *cf. L. 1. D. de reg. iuris* (50, 17).

74) *L. 18. D. de except.* (44, 1). *L. 22. § 2. D. de pign. act.* (13, 7). *L. 3. C. I. de condictione ex lege* (4, 9).

tium condicirt werden kann[75]). Ja vom Diebe, auch wenn er die Sache noch besitzt, soll sie nicht bloß vindicirt, sondern auch condicirt werden können, was die Römer selbst als eine Anomalie bezeichnen, und eine zweite Anomalie ist es, daß diese Klage (condictio ex causa furtiva), obgleich sie nicht ex maleficio, sondern ex aequitate ist, auch dann statt findet, wenn der Dieb die Sache weder besitzt noch daraus bereichert ist[76]). — Auf alle unter diesem Princip begriffene Fälle bezieht es sich, daß, wenn eine wirkliche oder fingirte widerrechtliche Bereicherung bei irgend einem andern Contract oder Delict vorkommt, eine jener Condictionen mit der dem Schuldverhältniß eigenthümlichen Klage concurrirt[77]), insbesondere

75) *L. 23. D. de reb. cred.* (12, 1). *L. 1. C. I. de reb. al. non al.* (4, 51). Vgl. die ähnlichen Fälle in *§ 26. I. de rer. div.* (2, 1). *Gai.* II. § 79. *L. 4. § 2. D. de reb. cred.* (12, 1) und für das Princip *L. 1. § 3. D. de cond. sine causa* (12, 7).

76) *Dig.* 13, 1. *Cod. Iust.* 4, 8. *de condictione ex causa furtiva. Gai.* IV. § 4. Sic itaque discretis actionibus (*sc. in personam et in rem*) certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EUM DARE OPORTERE. nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest: cum solum id dari nobis intellegatur, quod ita datur ut nostrum fiat; nec res, quae nostra est, amplius nostra fieri potest. plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: SI PARET EOS DARE OPOPTERE: quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua REM NOSTRAM ESSE petimus. *cf.* § 8. Die zweite Anomalie erklären die römischen Juristen aus der Mora des Diebes. *L. 7. § 2. L. 8. pr. § 1. L. 17. D. h. t.* Der eigentliche Grund beider Anomalien ist, daß der Bestohlene ohne zu untersuchen, ob der Dieb besitzt oder bereichert ist, auf die Sache oder ihren höchsten Werth soll klagen können. Savigny, System V. S. 581. Bei gestohlenem Geld ist es eine condictio certi *L. 9. § 1. D. de reb. cred.* (12, 1), bei res certa die condictio triticaria *L. 1. § 1. L. 2. D. de cond. tritic.* (13, 3) mit omnis causa *L. 8. § 2. h. t.*, in andern Fällen condictio incerti. *L. 12. § 2. D. h. t. L. 29. § 1. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 72. § 3. D. de solut.* (46, 3).

77) Die condictio ex causa furtiva mit der actio pro socio, locati, commodati, depositi, negotiorum gestorum *L. 45. L. 46. L. 47. pr. D. pro socio* (17, 2). *L 34. §§ 1. 2. D. de obl. et act.* (44, 7). *L. 13. § 1. D. depositi* (16, 3), die condictio ob turpem causam mit der actio tutelae *L. 5. D. de tutelae act.* (27, 3), die condictio sine causa mit der actio pigneraticia u. A. *L. 4. § 1. D. de reb. cred.* (12, 1), die condictio ob causam datorum mit der actio praescriptis ver-

die condictio certi in diesem Sinne bei den verschiedensten Obligationen gegeben wird [78]).

Sehen wir zurück auf die allgemeinste Begriffsbestimmung der Condictionen bei Gaius [79]), wo er sie erklärt für in personam actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, so ist klar, daß alle bisher erwähnten Fälle darunter begriffen sind, und daß diese sämmtlich dem Civilrecht und zwar dem strictum ius angehören und aus Contracts- und Quasicontractsobligationen entspringen. Ausgeschlossen werden davon die bonae fidei und arbitrariae actiones, die civilen Delictsklagen und die prätorischen in factum actiones, wenngleich auch sie in personam, also auch auf irgend eine Leistung (praestare) gerichtet sind [80]). Hierdurch erhält denn auch noch Eine condictio, die wir bisher übergangen, ihre nähere Bestimmung, die condictio ex lege. Diesen Namen legen die römischen Juristen den strengrechtlichen Klagen aus einem Schuld-

bis (contractus incerti) *L. 7. D. de praescript. verb.* (19, 5). *L. 9. pr. D. de reb. cred.* (12, 1), condictio überhaupt mit der actio institoria *§ 8. I. quod cum eo* (4, 7). *L. 29. D. de reb. cred.* (12, 1), mandati *L. 5. D. de exc. rei iud.* (44, 2), mit der actio legis Aquiliae, wenn mit der Beschädigung eine Bereicherung des Thäters oder seines Erben verbunden ist *L. 9. § 1. D. de reb. cred.* (12, 1). *cf. L. 23. § 8. D. ad leg. Aquil.* (9, 2); ist es zugleich Diebstahl, die condictio furtiva. *L. 2. § 3. D. de priv. delictis* (47, 1). So Savigny a. a. O. S. 549 folg. Anders Rudorff, Rechtsg. II. S. 359.

78) *L. 9. pr. D. de reb. cred.* (12, 1). *Ulp.* Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur sive ex incerto: licet enim ex omni contractu certum condicere *rel.* Diese weit gefaßten Worte finden ihre Beschränkung in den *§§ 3. sqq.* angeführten einzelnen Fällen. Vgl. *L. 28. § 4. D. de iureiur.* (12, 2). *L. 67. D. de iure dot.* (23, 3). *L. 5. D. de tutelae act.* (27, 3). Unrichtig nimmt Keller, Civilpr. S. 381 an, daß die condictio certi beliebig neben jeder Contracts- oder Delictsklage, also auch zur Forderung des Interesses, habe gebraucht werden können, wenn der Kläger es auf das Certum wagen wollte. Daß der Scholiast Stephanus zu den *Basil.* XXIII. 1, 9. *Vol.* II. *p.* 595. *sq.* die Stelle des Ulpian ebenso versteht, beweist die Richtigkeit der Auslegung um so weniger, als, wie er selbst bemerkt, Theophilus sie anders, freilich auch unrichtig, verstand. Vgl. indeß Krüger, Consumtion S. 108 Note 26.

79) *Gai.* IV. § 5. oben Note 8.

80) *Gai.* IV. § 2. oben Note 1 und 5.

verhältniß bei, das durch eine neuere Lex, durch ein Senatusconsult oder eine kaiserliche Constitution eingeführt und wofür eine andre Art der Klage nicht vorgeschrieben ist[81]).

---

b) Bonae fidei und arbitrariae actiones.

§ 94. Wir berührten so eben bei Gelegenheit der Condictionen den allgemeinen Gegensatz der strengen und freien Klagen, dessen zweites Glied jetzt näher betrachtet werden soll. Zu dem Ende sind zuvörderst die Begriffe des strengen Rechts (strictum ius) und der Billigkeit (aequitas) näher zu bestimmen.

Aristoteles in seiner Ethik erklärt das Billige (*τὸ ἐπιεικές*) daraus, daß das Gesetz als ein abstract Allgemeines in seiner Anwendung auf das Einzelne der Ausgleichung durch jenes, welches auch ein Gerechtes (*δίκαιον*) sei, bedürfe[1]); und eine nähere Betrachtung der Sache von unserm Standpunkt aus trifft damit durchaus zusammen[2]). Das Verhältniß, sagten wir, ist wie die Person, die darin steht, seiner sittlichen Natur nach ein organisches, das nur von seinem Mittelpunkt, der sittlichen Freiheit, aus, vollkommen bestimmt und erfüllt wird. Das Recht oder Gesetz, das nur einzelne Beziehungen der formalen Freiheit, des abstracten Willens bestimmt, kann und darf jene dadurch so wenig erschöpfend beschreiben wollen, als die Kreislinie durch Tangenten beschrieben wird. Es hat einen überwiegend logischen Charakter, und organisch nennen wir es

81) *L. un. D. de cond. ex lege* (13, 2). *Paul.* Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est. *Cod. Iust.* 4, 9. *de condictione ex lege rel.* Beispiele: *L. 27. §§ 15. 16. L. 28. D. ad leg. Iul. de adult.* (48, 5). *§ 24. Inst. de act.* (4, 6). Mehrere in Böcking's Pand. II. § 197. Vgl. Savigny, System Beil. XV. § XIII. S. 544.

1) *Aristot. Eth. Nicom.* V. 14. *p.* 1137. *ed. Bekker.* Vgl. die vortreffliche Analyse in Brandis Aristoteles, zweite Hälfte, S. 1437 folg.

2) S. oben §§ 4 und 10.

nur insofern, als alle seine Bestimmungen durch das sittliche Verhältniß als seine Grundlage bedingt und auf dessen verhältnißmäßige Verwirklichung berechnet sind. Nun ist es der natürliche geschichtliche Verlauf, daß ein Volk ursprünglich nur einzelne jener rechtlichen Beziehungen und zwar die hauptsächlich entscheidenden auffaßt und zur Grundlage der Beurtheilung macht, die andern noch unbeachtet läßt. Das ist strenges Recht (strictum ius), gegen welches als ein unvollkommnes, abstractes, der concreten Wirklichkeit nicht völlig entsprechendes, sofort das stille Gerechtigkeitsgefühl sich erhebt und Anerkennung verlangt; das ist Billigkeit (aequitas). Diese Anerkennung erlangt sie mit fortschreitender Cultur in immer mehreren Fällen und wird hierdurch selbst Recht (aequum ius). So haben z. B. die Römer, dieses juristisch eminent begabte Volk, während Jahrhunderten in der Stipulation den abstracten Willen und dessen formelle Erklärung als schlechthin bindend betrachtet, und erst im Jahr d. St. 680 wagte es ein Prätor, Cn. Octavius, das Unfreie in der Willensbestimmung durch Zwang (vis, metus), weil guter Sitte widersprechend (contra bonos mores), mittelst Einführung einer rescissorischen Klage und Einrede rechtlich anzuerkennen [4]). So sicher geschichtlich bezeugt dieser allgemeine Entwicklungsgang, insbesondre des römischen Rechts ist, so steht doch auch die andre Thatsache fest, daß man schon in der ältesten Zeit das Bedürfniß empfand, für gewisse Verhältnisse der Billigkeit volle Anerkennung zu verschaffen [5]) und daß

3) Als ausnahmlose logische Consequenz eines anerkannten Rechtsbegriffs heißt es stricta iuris ratio. *Gai.* III. § 160. *L. 43. D. de relig.* (11, 7).

4) Huschke, Zeitschr. für gesch. RW. XV. S. 281. Im Jahr 688 folgte der Prätor C. Aquilius Gallus des Octavius Beispiel in Bezug auf Betrug (dolus). — Insofern das Recht in seiner geschichtlichen Entwicklung von der positiven Form absieht und allgemeinere Momente des freien Willens beachtet, ist von naturalis aequitas im Gegensatz des ius civile die Rede. *L. 1. § 1. D. de doli exc.* (44, 4). Uebrigens folgte auch das ius civile im engern Sinne diesem Entwicklungsgang, und das ius honorarium selbst kennt strengrechtliche Institute, s. § 96 zu Note 108, und unterscheidet überall die stricta iuris (*honorarii*) ratio und deren Gegentheil. S. § 99 Note 30.

5) S. oben §§ 24. 46.

man andrerseits auch später im Interesse der Sicherheit des Verkehrs, namentlich des Geldverkehrs, durch freien Gebrauch der alten strengen Rechtsformen, z. B. der Stipulation, die von der Chikane nur zu leicht mißbrauchte Berücksichtigung freierer Rechtsgrundsätze so viel möglich auszuschließen pflegte [6]). Aus dem Gesagten ergiebt sich also, daß auch die Billigkeit dem Recht angehört, wenngleich sie unter dem Einfluß sittlicher Principien gebildet und wie das Recht überhaupt ein Sittliches ist. Dagegen weiß die classische Jurisprudenz noch nichts von der Vermischung des eigentlich Moralischen mit dem Recht, z. B. der Ausgleichung von Reich und Arm, wovon zu Ende dieser Periode das erste Beispiel vorkommt [7]).

Der Natur des Rechtsverhältnisses entsprach schon in jener ältesten Zeit auch in dieser Beziehung die Prozeßform. Die strengrechtlichen Verhältnisse, welche die Regel bildeten, wurden unter strengen Klagformen, sacramento, per condictionem, per manus iniectionem, zur gerichtlichen Verhandlung gebracht, durch welche der untersuchende und erkennende Richter streng gebunden war; die freieren Verhältnisse, welche die Berücksichtigung der Billigkeit zu verlangen schienen, durch das Ausnahmeverfahren per iudicis arbitrive postulationem. Die Grundsätze der aequitas, die hierbei zur Anwendung kamen, waren damals aber noch nicht zu festen Rechtssätzen entwickelt, vielmehr war es den Geschwornen überlassen, sie unter Berück-

6) Vgl. Savigny, System V. S. 115 folg. 487 folg. 502.

7) Die Classiker sagen: In pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. *L. 16. § 4. D. de min.* (4, 4) *L. 22. § 3. L. 23. D. locati* (19, 2). Erst Diocletian fand es „human", daß der Verkauf unter dem halben Werth auch ohne Betrug, als Bedrückung des Reichen gegen den ärmeren, baaren Geldes bedürftigen Besitzer, rescindirt werde *L. 2. L. 8. C. I. de resc. vend.* (4, 44); also eben der Kaiser, der in derselben falschen Humanität durch sein Edict de pretiis rerum venalium eine allgemeine Hungersnoth hervorrief. Die auf demselben Princip beruhenden Zinsbeschränkungen freilich waren uralt, aber ursprünglich durch beschränkten Geldverkehr und politische Rücksichten gerechtfertigt, später aus dem Mangel volkswirthschaftlicher Einsicht erklärlich.

sichtigung der thatsächlichen Umstände zu finden und anzuerkennen [8]).

Im Formularprozeß entspricht diesem Unterschied der Gegensatz von iudicium und arbitrium. Jenes umfaßt alle auf strengrechtliche Verhältnisse gegründeten, den Geschwornen durch eine strenge Formula bindenden Klagen; dieses die freieren, bei denen der Judex durch eine allgemeinere Instruction auf Berücksichtigung der Billigkeit angewiesen ist. Merkwürdiger Weise kommt aber diese technische Bezeichnung nur bei Cicero vor, aus der Schulsprache der classischen Jurisprudenz ist sie verschwunden; die Sache aber findet sich auch in dieser, zunächst in Anwendung auf einen engern Kreis, die Contracts- und Quasicontractsklagen, an welchen sie auch Cicero exemplificirt [9]).

Daß nun jener Gegensatz hauptsächlich bei diesen, den Contracts- und Quasicontractsklagen, d. h. bei Verkehrsobligationen zur Sprache kam [10]), ist in der Natur der Sache begründet. Denn in dieser nächsten sachlichen, also durch-

8) S. oben § 24. I. S. 62 folg. § 27 S. 73. Keller, Civilpr. § 7 S. 27 behauptet, die Thätigkeit des Arbiter habe in der „Gestaltung und Zurechtlegung eines in Verwirrung gerathenen ökonomischen Verhältnisses" bestanden und sagt: „Rohe Rechtsanschauung (?) unterscheidet noch heute in diesem Sinne Recht und Billigkeit". Richtiger führt diese Puchta Instit. § 154 II. S. 35 auf „freie und billige Berücksichtigung individueller Umstände" zurück.

9) *Cic. pro Rosc. com.* 4. aliud est iudicium, aliud arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. Ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus: ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum quantum postulavimus consequamur. Eius rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in iudicio? directum, asperum, simplex: SI PARET HS. D DARI OPORTERE. Hic, nisi planum facit, HS. D ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? mite, moderatum: QUANTUM AEQUIUS MELIUS, ID DARI. Ille tamen confitetur plus se petere, quam debeatur: sed satis superque se habere dicit, quod sibi ab arbitro tribuatur. *de off.* III. 17. rechnet er die bonae fidei actiones zu den arbitriis.

10) Für die ganze Lehre der bonae fidei und stricti iuris actiones vgl. Savigny, System V. §§ 218—220. Beil. XIII., insbesondre für den Umfang derselben § VI. Puchta, Instit. § 165. Rudorff, Rechtsg. II. § 42.

aus juristischen Beziehung von Person zu Person muß, insofern die Natur des Verhältnisses es gestattet, das wahre Recht in seiner vollkommensten Gestalt zur Anwendung kommen. Dieses vollkommenste Recht oder die Billigkeit (aequum ius), die hier ausdrücklich auch als ein Gutes, Sittliches bezeichnet wird (bonum et aequum)[11]), in ihrem subjectiven Bezug auf die Partheien, die dadurch verpflichtet sind, heißt auch bei uns „Treue und Glauben" (bona fides)[12]), auf denen alle Sicherheit des Verkehrs beruht und die hier im höchsten Grade gefordert werden. Daß die daraus entspringenden Grundsätze „unter redlichen Menschen Sitte sind" (ut inter bonos bene agier oportet), ist erst eine davon abgeleitete Vorstellung[13]). Die Schuldverhältnisse, bei welchen diese zur Anwendung kommen, heißen deshalb bonae fidei contractus oder obligationes, im Gegensatz der strengrechtlichen (stricti iuris)[14]).

Wo tritt nun das Eine, wo das Andre ein? Schon in der ältesten Zeit bildeten die strengrechtlichen Schuldverhältnisse die Regel, die Fälle der iudicis postulatio die Ausnahme, und zwar aus verschiedenen, nicht auf Ein Princip zurückzuführenden Gründen[15]). Gegen Ende der ersten Periode wurden viele Contracte des Jus Gentium in das Civilrecht hinübergenommen, die unförmlich waren und deshalb nach freieren Grundsätzen beurtheilt wurden[16]). Doch war strenge Form und Formfreiheit nicht entscheidend für die Natur des Rechtsverhältnisses.

11) Ex bono et aequo *Gai.* III. § 137. *L. 2. § 3. D. de obl. et act.* (44, 7). Quantum aequius melius. *Cic. pro Rosc. com.* c. 4. Note 9. *Top.* 17. *de off.* III. 15. *de part. or.* 37.

12) Den Gegensatz bildet dolus, fraus, Arglist, böse Absicht oder bewußtes und gewolltes Unrecht *L. 152. § 3. D. de reg. iur.* (50, 17). *L. 34. D. de procur.* (3, 3), auch widerrechtliche Begünstigung eines Dritten, gratia *L. 1. § 14. D. si quid in fr. patr.* (38, 5), die zugleich unsittlich (contra bonos mores) ist. *L. 1. § 7. D. depositi* (16, 3).

13) Die alte Formel bei der actio fiduciae *Cic. ad div.* VII. 12. *Top.* 17. *de off.* III. 15. 17., die eine actio bonae fidei ist. *Gai.* IV. § 62. Hierauf führt Savigny, System V. S. 108 die Sache überhaupt zurück.

14) *L. 27. § 3. D. de pactis* (2, 14). *L. 152. § 3. cit.* contractus, quibus bona fides inest.

15) S. § 24 1) und 2).

16) S. § 46 Bd. 1 S. 166.

Denn bei der Fiducia, die durch mancipatio oder in iure cessio zu Stande kommt, wurde die Rücksicht auf bona fides ausdrücklich in die Nuncupations-Formel aufgenommen [17]), und das formlose Darlehn wurde nach strengem Recht beurtheilt [18]). Dieselben Grundsätze galten wesentlich auch in der Zeit der Formulae, wenigstens für das Civilrecht; von den prätorischen Klagen wird später zu reden sein. Der allgemeinste formelle Contract, die Stipulation, ist stricti iuris, die formlosen Consensual- [19]) und Realcontracte, mit alleiniger Ausnahme des Darlehns, bonae fidei [20]); ja es wird ausdrücklich bemerkt, daß was in die Worte der Stipulation aufgenommen werden müsse, um Berücksichtigung zu finden, bei diesen, insofern es sachlicher Billigkeit entspreche oder gewöhnlich sei, stillschweigend vorausgesetzt werde [21]). Eben deshalb konnte aber auch durch die clausula doli die Rücksicht auf Billigkeit in die Stipulation aufgenommen und diese dadurch dem bonae fidei Contract nahe gebracht werden [22]).

Der Natur des Schuldverhältnisses entsprach nun auch in dieser Zeit die Prozeßform in ihrem Mittelpunkt, der Formula. Bei strengrechtlichen Schuldverhältnissen ist diese zwar mit Rücksicht auf ihren Gegenstand (certum oder incertum) bestimmter oder unbestimmter gefaßt [23]), beschränkt aber die Beurtheilung

17) S. Note 13. Die bei der Fiducia selbst gebrauchte Formel war: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIEM. *Cic. l. c.*

18) S. § 44 Note 2. 3.

19) Bei den Consensualcontracten wird an die Bemerkung ihrer Formfreiheit eine Hauptwirkung des bonae fidei Contractes unmittelbar angeknüpft. *Gai.* III. § 137. *L. 2. § 3. D. de obl. et act.* (44, 7). S. Note 32.

20) Das Verzeichniß der actiones = obligationes bonae fidei s. in *§§ 28. 29. I. de act.* (4, 6). *cf. Gai.* IV. § 62. *Cic. de off.* III. 17. *de natura deor.* III. 30. — Daß die ganze Eintheilung nur persönliche Klagen betrifft, bestätigt *§ 31. Inst. de act.* (4, 6), wo es von den actiones arbitrariae heißt: Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. Savigny, System V. Beil. XIII. § XII.

21) *L. 31. § 20. D. de aed. ed.* (21, 1) *Ulp.* ea, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire. Für das Erste, was damit nicht identisch ist, s. *L. 7. D. de neg. gestis* (3, 5). *L. 24. D. depositi* (16, 3) in Note 30.

22) S. § 93 Note 60—63.

23) S. § 93.

des Judex auf strengrechtliche Grundsätze (stricti iuris actio) [24]). Bei bonae fidei Obligationen ist die Formel nothwendig eine formula incerta, der dann noch die Hinweisung auf Billigkeit ausdrücklich hinzugefügt wird: in Cicero's Zeit noch in verschiedener Weise [25]); später lautete die Intentio allgemein: QUIDQUID DARE FACERE OPORTET, mit dem Zusatz EX FIDE BONA [26]). Da dieser Zusatz sich nur an diese intentio in ius concepta anschließt [27]), so ist hiermit zugleich klar, daß auch die bonae fidei actiones nur Civilklagen sein können [28]).

Was ist nun die praktische Folge dieser Instruction des Geschwornen? Im Allgemeinen, daß er eine freiere rechtliche Beurtheilung in Bezug auf den Inhalt der Schuldverhältnisse hat [29]), d. h. er hat in dieser Hinsicht sein Urtheil nicht bloß

24) *§ 28. I. de act.* (4,6). actio stricti iudicii. *L. 5. § 4. D. de in lit. iur.* (12, 3). stricti [*iuris iudicia*]. *L. 3. § 2. D. commodati* (13,6). stricta iudicia. *§ 30. I. cit.*

25) Die actio rei uxoriae hatte die Formel: QUANTUM AEQUIUS MELIUS; die actio fiduciae UT INTER BONOS BENE AGIER; andre Klagen schon damals EX FIDE BONA, s. *Cic. cit.* Note 13. Daß auch bei jenen diese letztere Form später üblich wurde, scheint aus dem Namen actio bonae fidei, der ihnen gegeben wird, zu folgen. — Doch spielt noch Labeo in *L. 66. § 7. D. sol. matr.* (24, 3) und Proculus in *L. 82. D. de solut.* (46, 3) auf die alte Formel der actio rei uxoriae an. *cf. Gai.* IV. § 62. *Ulp. L. 36. D. de peculio* (15, 1). *L. 21. D. sol. matr.* (24, 3).

26) *Gai.* IV. § 47. Die formula in ius concepta für Depositum: IUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO *rel. cf.* § 60. Vgl. für die actio venditi §§ 40. 131. *Cic. top.* 17. *de off.* III. 15. 17. in omnibus iis arbitriis (iudiciis), in quibus adderetur EX FIDE BONA.

27) Vgl. ebendaselbst die in factum concepta formula und unten § 96.

28) *§ 28. I. de act.* (4, 6). actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bezeugt, daß die Eintheilung keine erschöpfende ist, sich nur auf einen engern Kreis von Klagen bezieht, nehmlich civile Contracts- und Quasicontractsklagen.

29) *§ 30. I. de act.* (4, 6). In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui oporteat: in quo et illud continetur *rel. cf. Gai.* IV. § 61. Auf den Inhalt des Schuldverhältnisses geht die Intentio: QUIDQUID *rel.* Dem

nach der causa debendi, diese für sich betrachtet, z. B. die Worte der Stipulation (verbis) oder die dargeliehene Geldsumme (re), auch nicht nach den einzelnen Worten der Formula, sondern vermöge der darin ihm eingeräumten Machtvollkommenheit (officium iudicis) nach allen hinzutretenden Umständen und sonstigen Billigkeitsgründen zu bemessen [30]). Nachdem freilich die classische Jurisprudenz bestimmte Grundsätze hierüber aufgestellt, war er an diese wie an die Gesetze überhaupt gebunden [31]). Welches sind nun diese Grundsätze? Sie beziehen sich theils auf die Person des Verpflichteten, theils auf dessen Leistungen.

1) Die Person. Die stricti iuris Obligation ist schlechthin einseitig, der Eine ist Creditor, nur der Andre Debitor. Selbst wenn der Zweck des Geschäfts gegenseitige Stipulationen erheischt, so begründet jede derselben ein selbständiges Schuldverhältniß, das nur etwa durch einen dritten Rechtsgrund Einfluß auf das andre üben kann [32]). Der bonae fidei Contract dagegen kann nicht nur als zweiseitiger gegenseitige Verpflichtungen begründen, die durch die Eine causa debendi auf's Genaueste verbunden sind; sondern, auch wenn er seinem Hauptzweck nach einseitig, also nur einer der Contrahenten hauptsächlich Schuldner ist, so kann dieser doch zufällige Gegenforderungen geltend machen [33]). Denn Gegenseitigkeit ist ein wesentliches

Beweise der in der Demonstratio bezeichneten causa debendi wurde nichts abgebrochen.

30) Für Mutuum, Depositum und Stipulation s. *L. 24. D. de depos.* (16, 3). *Pap.* — si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio. *L. 7. D. de neg. gest.* (3, 5). *Paul.* — tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio. *Gai.* VI. § 62. non ipsis formulae verbis praecipitur, sed — officio eius contineri creditur. S. Note 41.

31) S. oben § 68. S. 83.

32) Z. B. nach den Grundsätzen des ob causam datum vermittelst der exceptio doli, oder durch die clausula doli. S. § 93 Note 62.

33) *Gai.* III. § 137. (= *L. 2. § 3. D. de obl. et act.* 44, 7) Item in his contractibus (*sc. consensu*) alter alteri obligatur eo,

Merkmal des vollkommnen Rechts (aequum ius)[34]). Indem der Schuldner als Person in dieß Schuldverhältniß eintritt, muß auch sein persönliches Recht in Bezug auf dasselbe von dem Andern anerkannt werden. Er kann dieses durch Klage verfolgen, die bei wesentlicher Gegenseitigkeit eine directa[35]), bei zufälliger eine contraria actio ist[36]). Nur bei den Theilungsklagen müssen Beide, die Klage und Widerklage, gleichzeitig und durch Eine Formula vor denselben Judex gebracht werden (iudicia duplicia)[37]). Sonst kann die Widerklage, die ihre selbständige Formula hat, auch später angestellt und einem andern Geschwornen überwiesen werden[38]). Nicht minder kann der Schuldner sein Recht an dem Object des Contracts durch Retention geltend machen[39]). Und jede darauf bezügliche Gegenforderung durch Exceptio, die nicht der Formel einge-

quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet: cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur. *cf.* §§ 155. 162. *Cic. de off.* III. 17. in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA —: in his magni esse iudicis, statuere (praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria), quid quemque cuique praestare oporteret.

34) Von dieser Gleichheit des Rechts für Alle hat ja das aequum ius seinen Namen, und wir pflegen zu sagen: Was dem Einen recht ist, das ist dem Andern billig.

35) Bei verschiedenem Inhalt mit verschiedenen Namen, empti und venditi, locati und conducti actio. bei gleichem Inhalt mit gleichem Namen, pro socio actio.

36) *Cic. de off.* III. 17. Note 33. So bei Fiducia *Paul.* II. 13. § 7, Depositum, Commodat, Pignus, Mandat, Negotiorum Gestio, Tutel u. s. w.

37) *L. 44. § 4. D. fam. erc.* (10, 2). *L. 37. § 1. D. de obl. et act.* (44, 7). Die Formula mußte auch dieß ausdrücken. Daher *Gai.* IV. § 42. QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX TITIO ADIUDICATO sie unvollständig giebt. Vgl. § 87 Note 50. 51.

38) *L. 23. D. depositi* (16, 3). — apud eundem iudicem, der dann zwei Formulae empfängt. Die Möglichkeit der Verbindung beider Klagen in Einer Formula behauptet allgemein Savigny, System V. § 289 S. 233. Vgl. Keller, Civilpr. § 90 Note 1133. Unabhängig von der actio directa *L. 8. § 2. D. de neg. gestis* (3, 5). *L. 17. § 1. L. 18. § 4. D. commodati* (13, 6). *L. 1. § 8. D. de contr. tut.* (27, 4).

39) Z. B. der Miether, ja selbst der Commodatar (*L. 17. § 3. D. commodati* 13, 6), während die ganze Härte des einseitigen Verhältnisses sich in der beliebigen Kündigung des Darlehns zeigt. Das germanische Recht vermied diese durch den Rentenkauf.

rückt, also auch nicht schon in iure vorgeschützt zu sein braucht; auch wenn er sie erst im Judicium vorbringt, muß sie der Geschworne als in der Billigkeit begründet, berücksichtigen[40]), sei es durch gänzliche Abweisung der Klage, oder durch Compensation und Minderung seiner Condemnation[41]). Alles dieß gilt jedoch nur für Exceptionen oder Gegenforderungen, die aus demselben Grunde (ex eadem causa) wie die Klage entspringen. Erst M. Aurel hat die Compensation vermittelst der exceptio doli auch bei stricti iuris Obligationen, also auch allgemein ex causa dispari zugelassen[42]).

2) Die Leistung umfaßt den Willen des Schuldners, nicht bloß seinen rechtlichen Willen mit Ausschluß des Dolus, sondern auch seinen positiv guten Willen, seine Sorgfalt, und zwar nach dem Maß eines tüchtigen Hausvaters (homo frugi, bonus paterfamilias), so daß ihn auch jede Culpa verantwortlich macht. Auch diese wichtige Seite des Schuldverhält-

40) Exceptiones doli, pacti insunt bonae fidei iudicio. *L. 21. D. sol. matr.* (24, 3). *L. 84. § 5. D. leg.* 1. (30). *L. 3. D. de resc. vend.* (18, 5). *L. 7. §§ 5. 6. D. de pactis* (2, 14). Da die exceptio doli mit allen andren peremptorischen Einreden concurrirt (*L. 2. § 5. D. de doli exc.* 44, 4. *L. 36. D. de verb. obl.* 45, 1), so gilt dasselbe auch von diesen. Daß in den Pandekten auch bei bonae fidei actiones sehr häufig von Exceptionen die Rede ist, erklärt sich nicht nur, wie in *L. 49. § 1. D. sol. matr.* (24, 3). vgl. mit *Fr. Vat.* § 94. aus Interpolation, sondern daraus, daß auch die der Formula nicht eingerückte, erst im Judicium vorgebrachte Einrede materiell eine exceptio ist. Vgl. unten § 99. Anders Keller, Civilpr. § 35 S. 138.

41) *Gai.* IV. § 61. (*cf. § 30. I. de act.* 4, 6 in Note 29) continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnet. § 63. Iudici — compensationis rationem habere non ipsis formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur. *cf. L. 18. § 4. D. commodati* (13, 6). Ausgeschlossen sind hierdurch alle den Prozeß betreffenden dilatorischen Einreden, also namentlich die exceptiones procuratoriae und andre. Ueber die Uebertragung der Klage auf einen Dritten betreffende Exceptionen s. § 100. Keller, Civilpr. § 35 S. 138 folg. scheint mir die Ausnahmen zu weit auszudehnen.

42) *§ 30. I. de act.* (4, 6). *§ 39. eod.* ist gedankenlos aus Gaius abgeschrieben. Dieser schrieb seine Institutionen also auch vor dieser Verordnung M. Aurels. *cf.* I. §§ 197. *sq.*

nisses wird bei der stricti iuris und bonae fidei Obligation verschieden bestimmt [43]). Bei der Stipulation kommt die Regel in ihrer ganzen Strenge zur Anwendung, nur daß, wenn sie auf dare lautete, nach strenger Auslegung dieser Worte, die ja auch in die Formula aufgenommen waren, der Promissor nicht zum facere, also auch nicht zum Ersatz wegen culpa in non faciendo gehalten sein sollte [44]). Bei den bonae fidei Obligationen wird die individuelle Natur des Geschäfts zum Maßstab genommen. Der Depositar, der nur gestattet, daß die Sache bei ihm niedergelegt werde, ist nur zu treuer Wiederverabfolgung, nicht zur diligentia verpflichtet, also auch nur wegen dolus verantwortlich, dem aber grobe Nachlässigkeit (culpa lata) und selbst die Unterlassung der auf seine Sache verwendeten Sorgfalt (s. g. culpa levis in concreto) gleichgilt. Der Mandatar, obgleich auch er das Geschäft unentgeltlich übernimmt, verspricht natürlich dieß mit Sorgfalt zu besorgen, sonst würde es ihm nicht übertragen, und haftet deshalb unbedingt für culpa. Wieder anders der Socius in Besorgung der gemeinschaftlichen Geschäfte; er braucht ihnen nur die seinen eignen gewidmete Sorgfalt zuzuwenden, d. h. er hat gegen den Socius, der ihn mit Rücksicht auf seine persönliche Tüchtigkeit gewählt, die Entschuldigung der s. g. negligentia consueta. Und so noch in andern Fällen nach ihrer Eigenthümlichkeit. Weit oberflächlicher und deshalb nicht überall zutreffend ist die Regel, welche die spätern Classiker aufstellen, daß der Schuldner, wenn er keinen Vortheil von dem Geschäft habe (causa lucrativa), nur wegen dolus hafte [45]).

Der Gegenstand der Leistung, insbesondre die Sache,

43) Vgl. meinen Nachtrag zu Hasse's Culpa. 2te Ausg. Bonn 1838. 8.

44) *L. 91. pr. D. de verb. obl.* (45, 1).

45) *Africanus L. 108. § 12. D. leg.* 1. (30). *Ulpian. L. 5. § 2. D. commodati* (13, 6). *Modestin. Coll.* X. 1. 2. Die Innominatcontracte mögen zur Aufstellung dieser Regel Veranlassung gegeben haben, vgl. *L. 17. § 2. D. de pr. verb.* (19, 5), obgleich sie an das Depositum angeknüpft wird, dem aber die Bestimmung des Mandats offenbar widerspricht.

die gegeben oder restituirt werden soll, wird gleichfalls bei der stricti iuris Obligation streng nach dem Obligationsgrunde und den Worten der Intentio, bei der bonae fidei Obligation nach sachlicher Billigkeit bestimmt. Deshalb sind dort Erweiterungen (omnis causa), insbesondre Früchte in der Regel, Zinsen unbedingt ausgeschlossen[46]; hier die Prästation von Früchten möglich und nicht bloß als zur Restitution gehörig[47]), sondern auch beim ursprünglichen Geben nach dem Grundsatz, daß vom Augenblick des abgeschlossenen Contracts Gefahr (periculum) und Vortheil (commodum) den Gläubiger trifft, Sache der Verpflichtung des Schuldners[48]). Zinsen muß dieser als Ersatz des entbehrten Gebrauchs des Geldes noch aus verschiedenen Billigkeitsgründen dem Gläubiger zahlen[49]); der allgemeinste Grund ist, wenn der Gläubiger ihn durch Interpellation außer Zweifel gesetzt hat, daß er die Zahlung des Kapitals jetzt erwarte, also der Verzug des Schuldners als bewußtes Unrecht (mora)[50]). Unrichtig behaupten Neuere, daß bei Schätzung einer Sache der Affectionswerth berücksichtigt werde, den als ganz subjectiv nur etwa der Kläger durch seinen Eid bestimmen könnte, für den dem Arbiter jeder objective Maßstab fehlt[51]). Dagegen steht es in dessen außerordentlicher Macht, wegen künftiger Leistungen dem Beklagten oder auch dem Kläger Caution aufzuerlegen[52]).

46) Näheres s. in § 93 Note 11.

47) *L. 38. §§ 10. 12. D. de usuris* (22, 1).

48) *L. 1. C. I. de periculo* (4, 48). *§ 3. I. de empt.* (3, 24). *L. 38. § 8. D. de usuris* (22, 1). Allgemein *L. 38. § 15. D. eod.*

49) Z. B. beim Kauf nach erfolgter Uebergabe, auch ohne mora. *L. 13. §§ 20. 21. D. de act. empti* (19, 1). *L. 5. C. I. eod.* (4, 49). *Fr. Vat.* § 2. Andre Fälle in *L. 12. § 9. D. mandati* (17, 1). *L. 1. § 1. D. de usuris* (22, 1). Allgemein officio iudicis *L. 24. D. depositi* (16, 3).

50) *L. 32. § 2. D. de usur.* (22, 1). *L. 47. D. de act. empti* (19, 1).

51) *L. 54. pr. D. mandati* (17, 1) stellt die regula iuris auf: in bonae fidei iudiciis affectus rationem habendam; ihre nähere Bestimmung aber empfängt sie aus dem Vorhergehenden. Die Liebe zu einem Sklaven, etwa einem leiblichen Sohn oder Bruder, soll Interesse genug sein, um ein klagbares Mandat zu begründen, das ohne Interesse des Mandans null wäre. Vgl. Savigny, System V. S. 466.

52) *L. 41. D. de iudiciis* (5, 1). *L. 38. pr. D. pro socio* (17, 2).

Justinians Institutionen, nachdem sie die Eintheilung in bonae fidei und stricti iuris actiones erörtert, die, wie wir gesehen, sich nur auf civile Contracts- und Quasicontractsklagen bezieht, knüpfen daran die ohne Zweifel aus einem alten Juristen geschöpfte Bemerkung: außerdem nennen wir einige Klagen arbitrariae actiones, d. h. Klagen, die von dem freien Ermessen (arbitrium) des Judex abhängen [53]). Durch diesen Zusammenhang ist klar, daß auch mit dieser dritten Klasse nicht etwa eine erschöpfende dreitheilige Eintheilung aller Klagen aufgestellt werden sollte; aber nach dem, was über die den bonae fidei actiones ähnliche Natur der arbitrariae actiones gesagt wird, kann es ebensowenig einem Zweifel unterliegen, daß auch sie nach Cicero's Ausdruck arbitria, ja nichts andres als die übrigen unter den bonae fidei actiones nicht begriffenen freien Klagen sind.

Sehen wir nun auch hier zunächst auf die Zeit der Legis Actiones zurück, so finden wir die übrigen Fälle der iudicis postulatio im Formularprozeß als actiones arbitrariae wieder [54]). Das Civilrecht hat diesen dann nur alle dinglichen, d. h. die Eigenthums- und die ihr verwandten Klagen durch Einführung der formula petitoria hinzugefügt, aus Gründen, die bei dieser entwickelt worden sind [55]). Der Prätor aber, als Vertreter der fortgeschrittenen Rechtsanschauung, machte bei den von ihm eingeführten Klagen, insofern deren Natur nicht eine

L. 3. D. de tutelae act. (27, 3). *cf. L. 13. D. de rei vind.* (6, 1).

53) *§ 31. I. de act.* (4, 6). Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus.

54) Vgl. oben § 24 1) und 3) Bd. 1 S. 63 folg. und § 48 S. 173 folg. und die dort angeführten Stellen, denen hinzuzufügen sind *L. 24. pr. D. de aq. pluv.* (39, 3). *L. 28. D. de probat.* (22, 3), und aus welchen theils der Arbiter, theils die Behandlung als arbitraria actio hervorgeht. Charakteristisch ist, daß die finium regundorum actio, weil nicht wie familiae erciscundae und communi dividundo auf einer wahren Gemeinschaft, einem Quasicontracts-Verhältniß, vielmehr auf dem Streit der Nachbarn beruhend, nicht bonae fidei, aber doch, weil eine freiere Behandlung fordernd, arbitraria ist.

55) S. § 90. *§ 31. I. de act.* (4, 6) sagt ausdrücklich: Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur.

strengere Behandluug verlangte, von dieser freieren Form (formula arbitraria) den ausgedehntesten Gebrauch[56]).

Worin besteht nun die Eigenthümlichkeit derselben, die sie auch von den bonae fidei actiones unterscheidet[57])? Auch hierüber läßt die Institutionenstelle keinen Zweifel. Sie setzt die Eigenthümlichkeit darein, daß der Geschworne den Beklagten nur dann condemniren kann, wenn er in Folge seines Arbitriums den Kläger nicht befriedigt habe[58]). Dieß arbitrium iudicis haben wir bereits kennen gelernt als einen im Lauf des Judiciums erlassenen Befehl, den Kläger klaglos zu stellen[59]). Bei den in rem actiones ging ihm ein Ausspruch über das dingliche Recht des Klägers (pronuntiatio) vorher[60]), der bei persönlichen Klagen, wo es sich nur um die Leistung handelt, natürlich wegfiel[61]). Als Gegenstand des Arbitriums werden vier verschiedene Leistungen angegeben: 1) Restitution, 2) Exhibition, 3) Zahlung, 4) Noxae Datio[62]), natürlich je nach dem verschiedenen Inhalt der Klagen. Aber was ist das Gemeinsame derselben, welche Klagen eignen sich hiernach zu einer Formula arbitraria? Schon ein Blick auf die vier Fälle lehrt, daß sie nicht auf Ein Princip zurückgeführt werden können, sondern daß verschiedene praktische Zwecke die gleiche prozessua-

56) Vgl. §§ 96. 98. Sämmtliche in *§ 31. cit.* angeführte Beispiele sind prätorische Klagen. Das Verzeichniß der actiones arbitrariae bei Savigny, System V. § 223 halte ich für richtig, bis auf einige der in Note 54 angegebenen Civilklagen, welche darin fehlen.

57) *L. 3. § 1. D. de usuris* (22, 1). — in his iudiciis, quae nec sunt arbitrariae, neque bonae fidei. *L. 8. pr. D. de in lit. iur.* (12, 3). In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis.

58) *§ 31. I. de act.* (4, 6). Note 53. — appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, — condemnari debeat.

59) S. § 87 Note 40.

60) S. § 90 Note 9.

61) Dieß bemerkt sehr richtig Wetzell, Vindicationsprozeß S. 110 folg. Vgl. *§§ 2.* und *3. I. de off. iud.* (4, 17), auch *L. 14. §§ 4. 5. D. quod met. caus.* (4, 2). *L. 18. pr. § 1. D. dolo malo* (4, 3) und andre Stellen, wo die pronuntiatio fehlt.

62) *§ 31. Inst. de act.* (4, 6). Note 58. nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti (1) rem restituat vel (2) exhibeat vel (3) solvat vel (4) servum ex noxali causa dedat, condemnari debeat.

lische Behandlung veranlaßten. Betrachten wir sie im Einzelnen.

Der Hauptfall ist 1) Restitution, d. h. zunächst Herausgabe des Besitzes einer Sache an den Eigenthümer oder den sonst Berechtigten. Diesem kann nicht unbedingt zugemuthet werden, sich mit der Litis Aestimatio zu begnügen; deshalb wird auf die Sache selbst arbitrirt und diesem richterlichen Befehl durch Drohung des vom Kläger eidlich zu bestimmenden Interesses Folge verschafft [63]). Vorbereitend für die auf Restitution gerichteten Klagen ist 2) die Exhibition der Sache, die daher in derselben Weise erzwungen wird [64]). Aber unter Restitution wird ferner seit der ältesten Zeit auch die Herstellung eines factischen Zustandes der Erdoberfläche verstanden, also auch darauf zunächst arbitrirt [65]). In diesem umfassenden Sinne gab der Präter restitutorische und exhibitorische Interdicte und, wenn der Beklagte es wünschte, eine formula arbitraria, wo dann dieselbe Behandlung eintrat [66]). Ferner begriff er unter Restitution auch den Ersatz eines widerrechtlich zugefügten Schadens und gab deshalb actiones arbitrariae mit demselben Erfolg, Arbitrium, erhöhte Condemnation u. s. w.[67]). Ja er ließ sogar bei freien Civilcontractsklagen auf Restitution, z. B. der actio depositi, commodati u. A. dieselbe Behandlung eintreten, so daß also insofern eine bonae fidei actio zugleich arbiträr sein konnte [68]). In allen diesen Fällen wurde regelmäßig die höhere Condemnation als Strafe des Ungehorsams (contumacia) durch den Eid des Klägers (ius-

63) S. oben § 87 Note 38. 41. § 90 Note 21.

64) Vgl. § 89 Note 8. § 90 Note 2. Für das arbitrium auf Exhibition s. *L. 28. § 1. D. de appell.* (49, 1). Für das iusiurandum in litem Note 69.

65) Z. B. bei der actio aquae pluviae arcendae *L. 6. § 7. L. 24. pr. §§ 1. 2. D. de act. aq. pluv. arc.* (39, 3). Bei der actio finium regundorum kann der Arbiter wegen jeder von ihm getroffenen Anordnung den Ungehorsamen condemniren. *§ 6. I. de off. iud.* (4, 17). *L. 4. § 3. D. fin. reg.* (10, 1).

66) *Gai.* IV. §§ 141—165. Vgl. unten § 98.

67) So die actio quod metus causa, doli mali, Faviana und Calvisiana u. A. S. § 96.

68) S. Note 97.

iurandum in litem) bestimmt, so daß dessen Vorkommen die Natur der arbiträren Klage sicher bezeugt [69]). Denn bei strengen Klagen (z. B. ex stipulatu actio), auch wenn sie auf Restitution im weitern Sinn gehen (condictio), und bei bonae fidei actiones auf ein ursprüngliches Geben, z. B. Kauf, ist diese Behandlung schlechthin ausgeschlossen [70]). — Eine völlige Anomalie ist es also, daß der Prätor an Stelle der condictio certi und triticaria, wenn das Geben an einem bestimmten Ort geschehen sollte, eine actio arbitraria de eo quod certo loco dari oportet aufstellte [71]). Sie erklärt sich aber sehr einfach daraus, daß der Prätor, wenn es die Befrie-

69) *L. 2. § 1. D. de in lit. iur.* (12, 3). — contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor. *L. 1. L. 2. pr. eod.* Bei actiones in rem und ad exhibendum *L. 5. pr. eod. L. 3. § 2. D. ad exhib.* (10, 4), actio quod metus causa und de dolo malo *L. 18. pr. D. de dolo* (4, 3), actio Faviana und Calvisiana *L. 5. § 1. D. si quid in fraudem patroni* (39, 3). Interdicta restitutoria *L. 68. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 15. § 9. D. quod vi* (43, 24). *L. 9. C. I. unde vi* (8, 4). Actiones bonae fidei *L. 5. pr. de in lit. iur.* (12, 3), aber nur auf Restitution als actio commodati, depositi *L. 3. § 2. D. commodati* (13, 6), locati *L. 48. § 1. D. locati* (19, 2), dotis *L. 25. § 1. D. sol. matr.* (24, 3). — In allen diesen Fällen ist natürlich die condemnatio der Formel infinita, d. h. sine taxatione *Gai.* IV. § 51. *cf. L. 33. D. depositi* (16, 3). *L. 68. D. de rei vind.* (6, 1). — sine ulla taxatione. Der Geschworne konnte aber vor Ableistung des Eides den Mißbrauch des Rechts durch Bestimmung eines Maximums verhüten. *L. 4. § 2. L. 5. § 1. D. de in lit. iur.* (12, 3), auch ex magna causa nachher zu weniger als beschworen war, condemniren. *L. 4. § 3. L. 5. § 2. L. 11. D. eod.* In einigen Fällen geht die erhöhte Condemnation auf das Duplum oder Quadruplum, in andern ist Infamia damit verknüpft. *L. 45. D. de aed. ed.* (21, 1). *L. 14. § 4. D. quod metus causa* (4, 2). *L. 11. § 1. D. de dolo malo* (4, 3).

70) Bei stricti iuris Klagen kommt der Eid des Klägers nur an Stelle mangelnder Beweise vor. *L. 5. § 1. L. 6. D. de in lit. iur.* (12, 3). *L. 8. § 1. L. 26. D. rer. amot.* (25, 2). Die *L. 5. pr. cit.* Note 69 nennt zwar allgemein bonae fidei actiones, aber dieß ist nach allen andern Stellen zu beschränken. Denn z. B. die actio empti geht wegen procacia venditoris nur auf das erweisliche Interesse. *L. 4. C. I. de act. empti* (4, 49). *L. 21. § 3. D. eod.* (19, 1). Auch bei der contraria depositi actio wird nicht geschworen, non enim de fide rupta agitur. *L. 5. pr. D. depositi* (16, 3).

71) *Dig.* 13, 4. *de eo, quod certo loco dari oportet. L. 1. L. 2. § 1. L. 5. L. 7. pr. h. t. § 37. I. de act.* (4, 6).

digung eines praktischen Bedürfnisses galt, sich an den Schulbegriff der arbitraria actio nicht gebunden erachtete. Die Behandlung dieses Falls ist den andern nur insofern gleich, daß der Arbiter, wenn an einem andern als dem bestimmten Erfüllungsort geklagt wird, in seiner Condemnation das Ortsinteresse zunächst zu Gunsten des Beklagten, dann auch des Klägers berücksichtigt [72]), oder durch Auferlegung einer Caution die Leistung an jenem erzwingt [73]). — Wenn die Institutionenstelle 3) Zahlung (solutio) als Gegenstand des Arbitrium nennt, so kann dieß hierauf bezogen werden, oder auf Fälle, wo die Restitution in Geldzahlung besteht [74]), oder wo der Schuldner sich durch diese von der Restitution liberiren kann [75]). Endlich 4) noxae datio findet regelmäßig bei jenen alten Civilklagen, der actio de pauperie und de pastu, statt, die wahrscheinlich arbiträr waren [76]); zufällig bei arbiträren Delictsklagen des prätorischen Rechts, wenn ein Sklave das Delict begangen [77]). Es ist also klar, daß das Vorkommen dieser beiden letzten Leistungen theils anomal, theils zufällig ist, daß sie also zur Bestimmung des Begriffs der arbitraria actio nicht wohl geeignet waren.

Der Erlaß des Arbitrium lag in allen Fällen nicht schon in dem Officium Arbitri, sondern wurde in der Formel ihm vorgeschrieben. Bei den civilen dinglichen Klagen geschah dieß durch die zwischen der Intentio und Condemnatio eingeschobene Clausel: NISI EA RES RESTITUETUR [78]). Bei den actiones bonae fidei auf Restitution wird die Clausel NISI RESTITUAT in

72) *L. 2. pr. § 8. L. 3. h. t.* Das volle, also auch das zufällige, indirecte Interesse, doch nach allgemeinen Grundsätzen wohl nur im Fall des Dolus; das iusiurandum in litem ist eben dadurch ausgeschlossen.

73) *L. 4. § 1. h. t.*

74) Z. B. *L. 9. § 7. D. quod metus causa* (4, 2). *L. 10. pr. D. de al. iud. mut.* (4, 7).

75) Z. B. *L. 16. § 3. D. de pign.* (20, 1).

76) *Dig.* 9, 1. *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. L. 14. § 3. D. de pr. verb.* (19, 5). *Paul.* I. 15. § 1.

77) *L. 16. § 1. D. quod metus causa* (4, 2). *L. 9. § 4. D. de dolo malo* (4, 3).

78) *Cic. Verr.* II. 12. — NEQUE IS FUNDUS Q. CATULO RESTITUETUR.

die Condemnatio selbst eingerückt [79]); bei den prätorischen Klagen hinter der intentio in factum concepta [80]), wobei jedoch ausdrücklich bemerkt wird, daß die Restitution oder Exhibition nach dem Arbitrium Judicis (ARBITRATU TUO) nicht erfolgt sei [81]), während die nicht geschehene Restitution bei andern prätorischen Klagen als Klaggrund einen Theil der Intentio bildet, also auf die Zeit vor dem Prozeß zu beziehen ist [82]).

Im Allgemeinen wird über die arbitrariae actiones noch bemerkt, daß der Arbiter nach Billigkeit (ex aequo et bono) und zwar nach der besondern Natur der Sache, um die es sich handelt, zu bestimmen habe, wie der Kläger zu befriedigen sei [83]).

79) *Gai.* IV. § 47. — QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT: SI NON PARET ABSOLVITO. Huschke, Studien S. 316 hat das Verdienst, die Bedeutung der Sigle N. R. zuerst bemerkt und sie richtig aufgelöst zu haben. Vgl. *Val. Prob. ex cod. Einsiedl. ed. Mommsen p.* 275. Anspielung darauf in *L. 1. § 21. L. 22. pr. D. depositi* (16, 3). *L. 3. § 3. D. commodati* (13, 6). Bei der in factum concepta formula wird diese Bedingung: EAMQUE DOLO MALO REDDITAM NON ESSE in die Intentio gezogen. *Gai. cit.*

80) *L. 14. § 11. D. quod. met. causa* (4, 2). — verbis edicti: NEQUE EA RES ARBITRIO IUDICIS RESTITUATUR *rel.* *L. 5. § 1. D. si quid in fr. patr.* (38, 5). In actione Faviana, si res non restituatur *rel.* Formeln mit der Clausel NISI ARBITRATU TUO RESTITUETUR oder EXHIBEBITUR s. bei Rudorff, Rechtsg. II. S. 170 folg.

81) *L. 18. pr. D. de dolo* (4, 3). Arbitrio iudicis — restitutio comprehenditur, et, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio. *L. 8. pr. D. de al. iud. mut.* (4, 7). — si arbitratu iudicis pristinam iudicii causam non restituit. *L. 28. § 1. D. de appell.* (49, 1). Iussus a iudice exhibere secundum praeceptum Praesidis provinciae —, quia per contumaciam non exhibuerat, — facta est condemnatio.

82) *L. 1. pr. L. 3. pr. D. nautae* (4, 9). Ait Praetor: nisi restituent, in eos iudicium dabo. *L. 1. pr. D. de publicanis* (39, 4). Praetor ait: — si id restitutum non erit, in duplum — iudicium dabo. Von arbitrium iudicis ist hier nicht die Rede. *cf. L. 5. pr. eod.*

83) *§ 31. I. de act.* (4, 6). Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex aequo et bono secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Hierin stehen sie den bonae fidei actiones gleich. Vgl. *§ 30. eod.* — ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. Bei diesen wird aber die Aequitas auch noch in andern Beziehungen wirksam.

Hieraus ergiebt sich, daß hier nicht in demselben Umfang wie bei den bonae fidei actiones die Grundsätze der Aequitas zur Anwendung kommen, sondern nach Maßgabe des Arbitrium in der Formula nur in Bezug auf die Leistung, und zwar nicht rücksichtlich ihrer Bedingungen, die in der Intentio ausgesprochen sind, sondern rücksichtlich des Objects derselben. Deshalb wird 1) bei der Restitution und Exhibition immer auch omnis causa prästirt [84]); und aus demselben Grunde werden 2) nur solche Einreden durch das Officium Judicis berücksichtigt, die jenes Object betreffen, z. B. die exceptio doli rücksichtlich der auf die Sache gemachten Verwendungen (impensae) [85]); die Einreden dagegen, welche die Verpflichtung zur Restitution selbst betreffen, müssen in iure vorgeschützt und der Formula eingerückt werden [86]). Bei der actio ad exhibendum freilich, die als präparatorische Klage durch das iudicium directum bedingt ist, werden alle dieselbe betreffende Exceptionen arbitrio iudicis zugelassen und summarisch erörtert [87]).

---

84) Allgemein in *L. 3. § 1. D. de usuris* (22, 1) *Pap.* In his quoque iudiciis, quae non sunt arbitrariae nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est. Außer den in rem actiones (§§ 88 - 92) wird es von arbiträren persönlichen Klagen ausdrücklich bezeugt für die actio finium regundorum, ad exhibendum, quod metus causa, Pauliana, Faviana, interdictum unde vi und quod vi aut clam *L. 38. pr. §§ 4. 5. 6. 11. D. eod. L. 4. § 2. D. fin. reg.* (10, 1). *L. 9. §§ 5—7. D. ad exhib.* (10, 4). *§ 3. I. de off. iud.* (4, 17). *L. 12. pr. L. 14. § 7. D. quod metus causa* (4, 2). *L. 10. §§ 19—22. D. quae in fr. cred.* (42, 8). *L. 3. D. de interd.* (43, 1). *L. 1. § 40. D. de vi* (43, 16). *L. 4. C. I. eod.* (8, 4), indeß noch mit Unterschied vor oder nur während des Prozesses; letzteres z. B. bei der actio ad exhibendum, den Interdicten, außer unde vi u. s. w.

85) Für in rem actiones *L. 27. § 8. L. 28. — L. 30. L. 48. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 38. L. 58. D. de her. pet.* (5, 3). *L. 29. § 2. D. de pign.* (20, 1). Für die actio Pauliana *L. 10. § 20. D. quae in fr. cred.* (42, 8).

86) Z. B. gegen die Publiciana in rem actio die exceptio dominii *L. 17. D. de Publ. in rem act.* (6, 2), gegen die rei vindicatio die exceptio rei venditae et traditae. *Dig.* 21, 3. *de exceptione rei venditae et traditae*, u. A. So ist Puchta, Inst. II. S. 170 folg. zu berichtigen; denn gegen die Intentio selbst sind auch diese Exceptionen nicht gerichtet.

87) *L. 3. § 13. D. ad exhib.* (10, 4). Die Intentio, die wir nicht kennen, muß ihn dazu ermächtigt haben.

c) Actiones poenales.

§ 95. Unter der beliebten Form einer Eintheilung der Klagen besprechen Gaius' und Justinians Institutionen die wichtige Klasse der Pönalklagen [1]), deren Begriff zunächst zu bestimmen ist.

Die in rem actiones und die persönlichen Contracts- und Quasicontractsklagen, die wir bisher betrachteten, haben das mit einander gemein, daß sie zur Verfolgung eines bestrittenen Vermögensrechts dienen und die gerichtliche Anerkennung desselben, sowie die Leistung dessen, was dem Kläger deshalb gebührt, bezwecken (rem persequuntur). Ganz anders wenn die Klage sich gründet auf ein Verbrechen oder Vergehen (delictum, maleficium), wodurch das objective Recht oder das Gesetz in einer einzelnen Person verletzt ist. Das älteste Recht hat dafür keinen allgemeinen Ausdruck, sondern unterscheidet die Verletzung der Person für sich betrachtet (iniuria) und die in Bezug auf ihr Eigenthum (furtum). Die Genugthuung dafür wurde, wie wir gesehen, in den schwersten Fällen nach Zwölftafelrecht noch durch Rache (vindicta, ultio) [2]) an der Person des Verbrechers gesucht, jedoch unter Vermittlung der Obrigkeit, also in Form der Strafe, und nur dann, wenn die Partheien sich nicht über ein Sühngeld verglichen. In den leichtern Fällen bestimmte

1) *§ 16. I. de act.* (4, 6). Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt. §§ 17—19. *Gai.* IV. §§ 6—9. Gaius begeht hierbei den logischen Fehler, die Prozeßstrafe gegen den Leugnenden (lis infitiando crescit in duplum) mit der Strafe des Delicts zu verwechseln, und Justinian den, daß er die Contractsklage aus Depositum auf das Doppelte hereinzieht. Denn nur äußerlich berührt diese Begriffe die andre Eintheilung der Klagen, je nachdem sie auf das Einfache oder Mehrfache gehn. *§§ 21—27. I. de act.* (4, 6). *Gai.* IV. § 173. — Vgl. Savigny, System V. §§ 210—212. Keller, Civilpr. § 91. Rudorff, Rechtsg. II. § 44.

2) Diesen allgemeinen Begriff von vindicta s. in *L. 131. pr. D. de verb. sign.* (50, 16). *Ulp.* Poena est noxae vindicta. *Cic. de part. or.* 37. sagt dafür ultio. *L. 6. L. 10. D. de sep. viol.* (47, 12). *cf. Cato* bei *Priscian.* VI. *p.* 710. *Putsch.* talione — ulciscitur. *L. 6. L. 10. D. de sep. viol.* (47, 12). Ueber den engern Sinn von vindicta s. Savigny, System II. § 73.

das Gesetz selbst das Sühngeld, die Buße (poena), die also den Gegenstand einer Schuld (obligatio) und Schuldklage bildete [3]). Eine einfache Beschädigung (noxia) begründete eine Schuldklage auf Ersatz in Natura oder in Gelde, so daß auch durch sie der Kläger das Seinige verfolgt (rem persequitur), wenngleich der Beklagte für seine That büßt. Doch wurde in einigen Fällen schon damals Beides, Strafe und Schadensersatz, zusammengefaßt (actio mixta) [4]). So auch in der allgemeinen Schadensklage, die gegen Ende der ersten Periode der Tribun Aquilius beim Volk zur Annahme brachte (actio legis Aquiliae) [5]), und die auf so glückliche Weise den Umfang widerrechtlicher Beschädigungen (damnum iniuria datum) umschrieb, daß fast alle ältern Gesetze durch sie antiquirt wurden [6]) und die classische Jurisprudenz nur ihr Princip sachgemäß zu entwickeln brauchte [7]).

Diese Begriffe sind wesentlich unverändert in den Formularprozeß übergegangen. Nur ist die Rache an der Person durch die reinere Rechtsanschauung der Zeit, die der Prätor vertritt, beseitigt; dieser giebt statt derselben gleichfalls eine Klage auf Buße (poena), die bei rein persönlichen Verletzungen (iniuriae), auch bei den leichtern, für welche die alten Bußsätze zu gering schienen, arbiträr [8]), gegen den auf frischer That ergriffenen Dieb (fur manifestus) auf das Vierfache bestimmt

3) S. oben § 47.

4) S. § 48.

5) *L. 1. § 1. D. ad legem Aquil.* (9, 2).

6) *L. 1. pr. eod.* derogavit, d. h. sie thatsächlich außer Gebrauch setzte; denn selbst die actio de rupitiis sarciendis galt noch später, s. § 48 Note 2—4, und andre, z. B. die actio de arboribus caedendis blieb daneben in viridi praxi. *L. 1. pr. L. 11. D. arb. furt. caes.* (47, 7).

7) Positives Zerstören oder Verderben fremder körperlicher Sachen, in Bezug auf welche von Jedem die Vorsicht eines guten Hausvaters verlangt werden kann. Das zweite Kapitel scheint ein Versuch, auch die Zerstörung fremder Schuldforderungen zu verpönen, die freilich nur einem Adstipulator möglich ist. Vgl. Huschke, Gaius S. 109 folg. Der neuern Jurisprudenz und Gesetzgebung kann diese weise Beschränkung nicht nachgerühmt werden.

8) *Gai.* III. §§ 223. *sqq.* *Gell.* XX. 1, 13. 37. *sq.*

ist[9]), so daß von den Pönalklagen der Zwölf Tafeln hauptsächlich nur die actio furti nec manifesti noch übrig ist[10]).

Die Gesetzgebung der zweiten Periode, zu Ende der Republik und in der ersten Kaiserzeit, die sich in so umfassender Weise mit der öffentlichen Bestrafung der Verbrechen beschäftigte, hat nur Eine neue Privatpönalklage, die actio iniuriarum ex lege Cornelia (Sullae) aufgestellt[11]). Um so fruchtbarer waren die Edicte der Prätoren und Aedilen, denen ja überhaupt die Ordnung der Civiljustiz überlassen war, in Einführung theils reiner Pönalklagen[12]), theils rein reipersecutorischer Schadensklagen[13]), theils gemischter. Letzterer ist die Mehrzahl und durch sie vorzugsweise wurde das System der Delictsobligationen vervollständigt[14]). Dieser Zeit und der entwickelten Jurisprudenz gehört denn auch der allgemeine Begriff der Klage aus unerlaubten Handlungen (ex maleficio) an, der alle diese verschiedenen Fälle umfaßt.

Die rechtliche Natur dieser verschiedenen Klagen zeigt sich besonders deutlich bei der Frage, wem sie zustehen und gegen wen sie gerichtet werden können.

Kläger ist natürlich zunächst allemal derjenige, der durch die unerlaubte Handlung verletzt worden ist. Aber wenn sie zu-

9) *Gai.* III. § 189.

10) Ich übergehe, als weniger wichtig, die actio furti concepti aus den Zwölf Tafeln und furti prohibiti, die der Prätor zur Ausführung dieses Gesetzes gab. *Gai.* III. §§ 190—194.

11) *L. 5. pr. §§ 1—9. L. 37. § 1. D. de iniuriis* (47, 10). *§ 8. I. eod.* (4, 4).

12) Dahin gehören die Klagen zum Schutz der Rechtspflege *Dig.* 2, 3. 4. 5. 7., und die polizeilichen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, de positis et suspensis *L. 5. § 6. D. de his qui eff.* (9, 3), das ädilicische Edict gegen Haltung wilder Thiere an der Straße *L. 40—42. D. de aed. ed.* (21, 1), wegen Verletzung der Grabstätten, de sepulcro violato *Dig.* 47, 12. u. A.

13) Dahin gehört die actio doli, insofern sie nur auf einfaches, freilich durch den Eid des Klägers zu bestimmendes Interesse geht; die Strafe liegt in der Infamia. Ferner die zahlreichen actiones in factum ex maleficio.

14) Z. B. durch die actio metus wegen Verletzung der freien Willensbestimmung bei Rechtsgeschäften, de servo corrupto wegen moralischen Verderbens eines Sklaven zu Ergänzung der Lex Aquilia, vi bonorum raptorum wegen Beschädigung und Raub durch vereinte Kräfte Mehrerer, um den Gewaltthätigkeiten der Revolutionszeit zu steuern u. s. w.

gleich sein Vermögen betraf, so geht sie als Theil desselben auf den Erben über, sie mag übrigens Buße oder Schadensersatz zum Gegenstand haben. Betraf die Verletzung nur die Person, so hat sie der Erbe nicht[15]).

Beklagter kann nur der Thäter sein, nicht sein Erbe, weil das Delict durchaus keine Beziehung auf das Vermögen des Thäters hat, dieser dabei nicht, wie bei dem Vertrag, rechtlich als Vermögensperson handelt, die der Erbe repräsentirt. Dieß gilt auch nicht bloß von der poena[16]), sondern ebenso von der rei persecutio, weil auch durch sie die That gestraft wird[17]). Und in diesem Sinn können auch die darauf gerichteten Klagen actiones poenales genannt werden[18]). Nur insofern haftet

15) *Gai.* IV. § 112. heredibus actoris huiusmodi actiones (*sc. poenales*) competunt, *nec denegantur*, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis actio inveniatur. *§ 1. I. de perpet. et temp. act.* (4, 12). *L. 1. § 1. D. de priv. delictis* (47, 1). *L. 28. D. de iniur.* (47, 10). *Ulp.* Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur. *L. 32. pr. D. ad leg. Falc.* (38, 2). *cf. L. 24. D. de in ius voc.* (2, 4). *L. 4. D. de calumn.* (3, 6) u. s. w.

16) *Gai.* IV. § 112. est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere, *nec dari solere*, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Die zweite und vierte sind actiones mixtae, die Regel greift also weiter, auch in das Gebiet der rei persecutio. *§ 1. I. de perpet. et temp. act.* (4, 12). *L. 111. § 1. D. de reg. iur.* (50, 17). *L. 1. pr. D. de priv. del.* (47, 1). *L. 5. §§ 5. 13. D. de his qui eff.* (9, 3). *L. 22. D. de op. novi nunt.* (39, 1).

17) *L. 9. § 1. D. quod falso tutore* (27, 6). *Ulp.* Has in factum actiones heredibus quidem competere, ceterisque successoribus, in eos vero non reddi Labeo scribit, — quoniam et factum puniunt et in dolum concipiuntur. *L. 7. D. de al. iud. mut. causa* (4, 7). *Gai.* — pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari. *cf. L. 4. § 6. eod.* non est poenalis, sed rei persecutionem continet. *L. 9. § 8. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *Ulp.* neque in heredes ceterosque successores dabitur, cum ex delicto oriatur, poenaeque nomine concipiatur. *L. 1. § 4. D. de eo per quem* (2, 10) in Note 21. *cf. L. 32. pr. D. ad leg. Falc.* (35, 2). *Marcian.* ea demum obligatio rei bonis deminutionem praestat, quae in heredem transit.

18) *L. 1. § 5. D. ne vis fiat* (43, 4). *Ulp.* Haec verba (*sc. Edicti*) QUANTI EA RES ERIT, — continent utilitatem creditoris. § 8. — cum sit poenalis, nec in heredes similesque personas dabitur. Allerdings wird also poena bald in einem engern Sinn für die Buße gebraucht, wo ihr rei persecutio, die Schadensklage, entgegengesetzt ist *L. 35. pr.*

der Erbe, als er aus dem Delict bereichert ist; dann also nicht aus der That, sondern aus diesem sächlichen Grunde[19]). — Nach demselben Princip kann von mehrern Thätern jeder Einzelne belangt werden; jedoch mit dem natürlichen Unterschied, daß die Strafe mehrmals bezahlt wird[20]), der Schadensersatz nur einmal, weil nach dessen Bezahlung der Kläger keinen Schaden mehr hat, der ersetzt werden könnte[21]).

D. de obl. et act. (44, 7). *L. 3. pr. § 1. D. de vi* (43, 16). *L. 3. § 1. D. si quid in fraud. patroni* (38, 5), bald in einem weitern Sinn, für jede dem Maleficium gedrohte nachtheilige Folge, den Schadensersatz einbegriffen. Vgl. Note 17. Nicht kommen hier in Betracht die condictio furtiva (s. § 93 Note 76) und die actio rerum amotarum, die mit Unrecht in *L. 21. § 5. D. rer. amot.* (25, 2) ex delicto genannt wird, da auch sie eine condictio ist. *L. 26. eod.* Am schwankendsten ist der Ausdruck für die actio legis Aquiliae, die bald auf rei persecutio bezogen (*L. 47. § 1. L. 50. D. pro socio* 17, 2), bald mixta (*Gai.* IV. § 9. *§ 19. I. de act.* 4. 6), bald poenalis genannt wird (*Gai.* IV. § 112. *L. 23. § 8. D. ad leg. Aquil.* 9, 2), was überdieß mit ihrer Zwitternatur zusammenhängt. S. Note 20. Vgl. überhaupt Savigny a. a. O. S. 41 folg.

19) *L. 38. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). *L. 44. D. de reg. iur.* (50, 17). *L. un. C. I. ex delictis defunct.* (4, 17). Dasselbe gilt natürlich von der actio mixta. *L. 23. § 8. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). *L. 4. § 2. D. de incendio* (47, 9). — Savigny a. a. O. § 211 S. 49 folg. tadelt diese Beschränkung der Verpflichtung des Erben als ungerecht und leitet sie aus der irrigen Verwechselung der Entschädigung und der Strafe ab. Nach der oben gegebenen Ausführung kann ich weder dem Einen noch dem Andern beistimmen. Das canonische Recht hat, nicht aus einem juristischen, sondern aus einem religiösen Grunde, um des Seelenheils des Verstorbenen willen, überdieß durch eine halbe Maßregel, der Härte des römischen Rechts abzuhelfen gesucht. Das germanische Recht betrachtet die Familie auch nach ihrer Auflösung durch den Tod des Familienhauptes als Einheit und verpflichtet jedes Glied derselben, für die Ehre eines andern, also auch des Verstorbenen, einzutreten.

20) *L. 51. § 2. fin. D. ad leg. Aquil.* (7, 2). *L. 55. § 1. D. de adm. tut.* (26, 7). *L. 1. C. I. de cond. furt.* (4, 8). *L. 5. § 3. D. si quis eum* (2, 7). *L. 1. § 19. D. si ei qui test. lib.* (47, 4). *L. 34. D. de iniur.* (47, 10). Dasselbe wird von der actio legis Aquiliae gesagt. *L. 11. § 2. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). *Ulp.* — cum sit poena. *L. 51. §§ 1. 2. eod.* Allerdings eine Anomalie, die sich wohl daraus erklärt, daß das Gesetz sich nicht auf ein Interesse des Klägers zur Zeit der Klage bezog, sondern die Zahlung des Werthes der Sache im fingirten Augenblick der That als Strafe befahl. *cf. L. 50. pr. D. de furtis* (47, 2). Quodsi pretiosior facta sit, — tunc furtum eius factum esse, verius est. Vgl. *L. 34. pr. § 2. D. de obl. et act.* (44, 7). *L. 50. D. pro socio* (17, 2) und das bei Note 37 im Text Gesagte.

21) *L. 1. § 4. D. de eo per*

Fragen wir endlich, wie die actiones ex maleficio sich zu dem Gegensatz der strengen und freien Klagen (iudicia und arbitria) verhalten, so ist klar, daß von bona fides zwischen dem Thäter und dem Verletzten nicht die Rede sein kann, ja daß, wer durch ein Delict sich mit dem objectiven Recht in Widerspruch setzt, die Reaction desselben in seiner ganzen Strenge zu erwarten hat. Zur Berücksichtigung der Billigkeit oder einer freieren Beurtheilung war insofern also keine Veranlassung. Dieß wird auch von den Römern anerkannt in Bezug auf Pönalklagen im engeren Sinn, und zwar nicht nur bei Civilklagen, z. B. der actio furti nec manifesti, sondern auch bei prätorischen, wie dieß die Bestimmtheit sowohl der zum Grund liegenden Thatsache, als des Gegenstandes der Klage, der Buße (poena), mit sich bringt [22]). In beiderlei Beziehung machen aber die actio iniuriarum und ähnliche eine Ausnahme. Die Verletzung der Persönlichkeit, also auch der Ehre [23]), greift in das moralische Gebiet über und macht eine freiere sittliche Beurtheilung nothwendig; eben deshalb ist die Strafe eine arbitraria, nach den besondern Umständen des Falls zu bestimmende, der Geschworne also in doppelter Hinsicht auf das bonum et aequum hingewiesen [24]). Daß aber diese Klagen arbitria seien, wird nirgends gesagt, daher auch in andern Beziehungen deren

quem (2, 10). *Ulp.* Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: sed si unus praestiterit poenam (vgl. Note 17), ceteri liberantur, cum nihil intersit. *L. 14. § 15. D. quod metus causa* (4, 2). *L. 17. pr. D. de dolo malo* (4, 3) u. s. w.

22) Z. B. actio furti manifesti auf das Vierfache, auch weil sie die Stelle der strengen Civilklage vertrat, wobei übrigens noch Taxation des Interesse stattfindet; um soviel mehr, wenn die Geldstrafe im Edict absolut bestimmt ist, z. B. wegen in ius vocatio des Patrons *Gai.* IV. § 46. *L. 24. D. de in ius voc.* (2, 4), ferner de positis et suspensis *L. 5. § 6. D. de his qui eff.* (9, 3) und bei den meisten Popularklagen.

23) *L. 1. §§ 4. 6. D. de iniuriis* (47, 10).

24) Das bonum et aequum ist nicht nur Maßstab für die Condemnation, sondern auch Bedingung derselben. *L. 11. § 1. L. 16. L. 17. § 2. L. 18. pr. D. de iniur.* (47, 10). *Paul. in Coll.* II. 5. § 2. Commune omnibus iniuriis est, quod semper adversus bonos mores fit *rel.* Ebenso die actio de sepulcro violato, wenn der Berechtigte klagt *L. 3. pr. L. 10. D. de sepulcro viol.* (47, 12). Ferner *L. 1. pr. D. de his qui effud.* (9, 3). *L. 42. D. de aed. edicto* (21, 1).

Grundsätze nicht darauf anzuwenden sind. — Ueber die actiones rei persecutoriae und mixtae läßt sich in dieser Hinsicht wenig Allgemeines sagen. Von den Schadensklagen des alten Civilrechts wurde die actio de rupitiis sarciendis, weil der Ersatz entweder in Natura oder in Gelde geleistet werden sollte, per iudicis postulationem, also im Formularprozeß ohne Zweifel als actio arbitraria behandelt[25]). Die actio legis Aquiliae, weil unbedingt auf die gesetzliche Summe Geldes, die selbst einer poena gleich galt, gerichtet (tantum aes domino dare damnas esto), war gewiß stricti iuris. Der Prätor ließ bei den meisten der von ihm neu eingeführten Klagen die Berücksichtigung des eigentlichen Klagobjects durch das Arbitrium Judicis und nur, wenn dieß nicht geleistet wurde, eine erhöhte Condemnation eintreten, gab also eine Formula arbitraria[26]). In einigen Fällen aber tritt die Condemnation auf das Einfache oder Mehrfache ohne Weiteres ein, dann müssen wir die Klage für stricti iuris erklären[27]).

Die Formula mußte, je nachdem die Klage civil oder prätorisch, strenger oder freier Natur war, durchaus verschieden sein, weil sie der getreue Ausdruck des Streitgegenstandes ist.

Nur Civilklagen, die auf einem an sich (ipso iure) bestehenden Recht beruhten, konnten eine intentio iuris civilis oder in ius concepta haben[28]), die rücksichtlich ihres thatsächlichen Grundes durch eine demonstratio ergänzt[29]) und der die condemnatio angehängt wurde[30]). So die actio furti nec manifesti, die wir mit ziemlicher Sicherheit also herstellen können:

QUOD NUMERIUS NEGIDIUS AULO AGERIO FURTUM FECIT PATERAE AUREAE[31]), QUA DE RE AGITUR:

25) S. oben § 48 Note 2—4.

26) So bei der actio metus, doli, Faviana, Calvisiana, Pauliana u. A. S. § 94 Note 66. 79. 80.

27) Meistens auf das Mehrfache, z. B. die actio adversus nautas, vi bonorum raptorum, adversus publicanum u. A. S. § 94 Note 81. — Savigny a. a. O. S. 118 folg., auch Beilage XIII. §§ VIII. X erklärt alle civilen Klagen aus unerlaubten Handlungen für strenger, alle prätorischen Klagen für freier Natur.

28) S. § 87 Note 5.

29) S. § 87 Note 13. 14.

30) S. § 87 Note 28—30.

31) *L. 19. pr. D. de furtis* (47, 2). *Ulp.* In actione furti suffi-

SI PARET OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERE [32]):

QUANTI PARET EAM REM FUISSE [33]), TANTAE PECUNIAE DUPLUM IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA: SI NON PARET ABSOLVE.

Weit weniger Material besitzen wir zur Herstellung der actio legis Aquiliae, was um so mehr zu bedauern ist, als die Formel über die bei dieser Klage bemerkten Anomalien Aufschluß geben müßte. Doch wissen wir aus den Worten des Gesetzes selbst, daß die Condemnatio auf QUANTI ID IN EO ANNO PLURIMI FUIT oder QUANTI EA RES IN DIEBUS XXX PROXIMIS [FUIT] ging [34]), worunter später, wie bei der actio furti, nicht der Sachwerth, sondern das Interesse verstanden wurde [35]). Ebenso war eine Demonstratio mit genauer Angabe der Sache und der Art ihrer Beschädigung nicht zu entbehren [36]). Am zweifelhaf-

cit rem demonstrari, ut possit intellegi. § 1. — Sufficit igitur ita dici, lancem, vel discum, vel pateram. Sed adscribenda etiam materia est, utrum argentea an aurea, an alia quae sit. §§ 2—4. Vgl. Rudorff, Rechtsg. II. § 106. a. E. ohne Demonstratio.

32) *Gai.* IV. § 37. QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET. § 45. — in ius conceptas —, quales sunt, quibus intendimus pro fure damnum [*decidere oportere: in*] quibus iuris civilis intentio est. *cf. L. 9. § 3. D. de min.* (4, 4). *L. 7. pr. D. de cond. furt.* (13, 1). *L. 46. § 5. L. 61. §§ 1. 2. D. de furtis* (47, 2). Ueber die Etymologie, die ursprüngliche und die spätere Bedeutung von damnum s. Fr. Ritschl im Rhein. Mus. für Phil 1861. S. 304 folg. Daß es in Verbindung mit decidere = transigere, durch Vergleich den Rechtsstreit abschneiden, tilgen, durch Strafgabe, Geldbuße, wie Huschke, Gaius S. 121 meint, wiederzugeben sei, bezweifle ich. Eher möchte ich übersetzen: „als Dieb die widerrechtliche Beschädigung büßen müssen." So auch in den Zwölf Tafeln. *Festus* v. *vindiciae*: fructus duplione damnum decidito. In der Lex Aquilia *cap.* 3: si quis damnum faxit, hat es entschieden diesen Sinn und entspricht dem *cap.* 1. si quis occiderit iniuria, und *cap.* 3. quod usserit, fregerit, ruperit iniuria.

33) *L. 9. D. de in lit iur.* (12, 3). *L. 50. pr. D. de furtis* (47, 2). Vgl. unten § 103 Note 173 und Savigny, System VI. S. 205 folg.

34) *L. 2. pr. L. 21. pr. L. 27. § 5. D. ad leg. Aquil.* (9, 2).

35) *L. 21. § 2. eod. § 10. I. de lege Aquil.* (4, 3). — non ex verbis legis, sed ex interpretatione. vgl. Savigny, System V. Beil. XII

36) Nach Analogie der actio iniuriarum. *Coll.* II. 6. *L. 7. pr. D. de iniuriis* (47, 18). Z. B. QUOD N. N. HOMINEM STICHUM OCCIDIT, QUOD VILLAM MEAM INCENDERIT u. s. w.

testen bleibt die Intentio; doch ist es mir wahrscheinlich, daß sie ein einfaches DAMNUM DECIDERE OPORTERE aussprach, woraus sich ihre Aehnlichkeit mit den reinen Pönalklagen erklären würde. Beide Klagen hatten das Gepräge einer stricti iuris actio, von einem Arbitrium Judicis war darin keine Rede. Ebenso die Klage der Zwölf Tafeln de arboribus caedendis, die der actio legis Aquiliae auch in ihrer Zwitternatur gleichsteht[38]). Anders die actio de rupitiis sarciendis, in deren Formel alternativ der Ersatz in Natura durch ein Arbitrium Judicis oder die Condemnation zum Interesse ausgedrückt, die also, obgleich civilis, eine arbitraria actio gewesen sein muß[39]).

Die actiones ex maleficio oder poenales im weitern Sinne, welche dem ius honorarium angehören, mußten in factum concipirt werden, wie die prätorischen Klagen überhaupt, wovon sogleich näher zu sprechen sein wird, eine Fassung, die eben sowohl dem strengen Recht sich anschloß, als eine Anweisung auf Billigkeit zuließ.

---

37) Vgl. oben Note 20. Huschke, Gaius S. 112 Note 16* nimmt eine Taxation des Klägers an und bestimmt mit Rücksicht auf *L. 9. § 1. D. de reb. cred.* (12, 1) die Intentio der condictio certi mit einem Zusatz also: SI PARET HS. DECEM MILIA QUANTI MINORIS, Rudorff, Rechtsg. II. S. 385 Note 7 die condictio certi auf die multa legis.

38) Auch die vom Prätor aufgestellte Formel diente der Klage der Zwölf Tafeln *L. 1. pr. L. 12. D. de arb. caed.* (47, 7), war also iuris civilis und in ius concepta. Sie wird für poenalis erklärt, obgleich sie nur mixta ist, und geht nicht gegen den Erben. *L. 7. § 6. eod.* Von mehrern Thätern muß jeder die Strafe des Duplums ganz zahlen. *L. 6. pr.* Aber von mehrern Eigenthümern des gefällten Baums kann die Strafe doch nur einmal gefordert werden *L. 6. § 1.*, und der durch eine andre reipersecutorische oder gemischte Klage erlangte Betrag wird dem Kläger bei der actio de arb. caed. angerechnet. *L. 9. L. 11. L. 1. D. h. t.* Da sie hiernach im spätern Recht eine strenge Klage war, so wird es mir zweifelhaft, ob sie früher per iudicis postulationem instruirt wurde. Vgl. § 48 Note 15.

39) S. § 48 Note 4.

3) Actiones honorariae.

§ 96. Die Mehrzahl der bisher betrachteten Klagen, die in rem actiones, die Condictionen, die actiones bonae fidei und wenigstens die ältesten Pönalklagen gehörten ihrem Grunde nach dem Civilrecht an (actiones legitimae s. civiles); doch mußten wir auch schon ihren Gegensatz, die durch Edicte der Magistrate, der Prätoren, Aedilen, Proconsuln eingeführten Klagen (actiones honorariae, praetoriae, aediliciae u. s. w.) berühren [1]). Um diesen Gegensatz ganz klar zu machen, ist ein zusammenfassender Rückblick auf die Geschichte des Actionenrechts nothwendig.

Die Lex Aebutia hatte die alten gesetzlichen Klag**formen** (legis actiones) abgeschafft, jedoch unbeschadet der gesetzlichen Klag**rechte** (legitimae actiones) [2]), für welche das genannte Gesetz selbst den Prätor ermächtigte, neue Klagformen (formulae) aufzustellen. Wie wurde nun die neue Form dem alten Inhalt angepaßt?

Für die dinglichen Klagen, abgesehen von der conservirten sacramenti actio in Centumviralsachen, dadurch, daß der Prä-

1) Wie lex und quod legis vicem obtinet, ius civile im weitern Sinne und die Edicte der Magistrate, ius honorarium oder praetorium, einander entgegengesetzt werden (*Gai.* I. §§ 3–5. 7. vgl. mit § 6. IV. § 34. *Pap. L. 7. D. de iust. et iure* 1, 1), so auch actiones quae ex lege, senatusve consultis *etc.* und quae ex Praetoris iurisdictione, ex edicto Praetoris proficiscuntur. *Gai.* IV. §§ 109—111. *cf. L. 27. D. de reg. iur.* (50, 17). Ferner legitima und honoraria actio *Paul. in Coll.* II. 5. § 5. *L. 32. pr. D. ad leg. Falc.* (35, 2). *L. 22. § 2. D. de aqua et aq. pl.* (39, 3). Mit ersterer ist civilis actio gleichbedeutend. *L. 25. § 1. D. de obl. et act.* (44, 7). *L. 178. § 3. D. de verb. sign.* (50, 16). *L. 14. D. de precario* (43, 26). Die von **Rudorff**, Rechtsg. II. § 49 S. 165 folg. behauptete Unterscheidung dieser Ausdrücke, so wie die vorausgesetzte Vergleichung von Autonomie (lex contractus, testamenti) und Gesetz (lex publica) ist den Quellen fremd.

2) *§§ 3. 13. I. de act.* (4, 6). ex legitimis et civilibus causis. *cf. L. 7. § 2. D. de pactis* (2, 14). Ein Unterschied, der freilich erst durch die Aenderung der Klagform zum Bewußtsein kam. Daher **Pomponius** im Sinn der frühern Zeit sagt *L. 2. § 6. D. de or. iur.* (1, 2): legis actiones id est legitimae actiones.

tor das EX IURE QUIRITIUM EIUS ESSE des Klägers in der Legis Actio in die Sponsion, später in die Intentio der formula petitoria aufnahm [3]). Ebenso das DARE OPORTERE aus der sacramenti actio in personam oder der condictio in die Formel der condictio certi und triticaria, und zwar so, daß zwar die denuntiatio mit der dreißigtägigen Frist wegfiel, aber auf jene die sponsio poenalis der Lex Silia, auf beide die Eideszuschiebung übernommen wurde [4]). Desgleichen das DAMNUM DECIDERE OPORTERE in die Formel der actio furti nec manifesti [5]). Nicht mehr Schwierigkeit hatte es in den Fällen der alten iudicis postulatio. An die Stelle ihrer Formelworte (certa verba) [6]) trat die formlose Erbittung und Bestellung eines Arbiter, dem der Prätor bei Contracts- und Quasicontractsklagen durch die Clausel EX FIDE BONA, in andern Fällen durch die andre NISI RESTITUAT die alten Grundsätze der Aequitas vorschrieb [7]). Weniger können wir diesen materiellen Zusammenhang der alten und neuen Klagformen in Beziehung auf die Fälle der manus iniectio nachweisen, obgleich feststeht, daß Eine Wirkung derselben, die Verdoppelung der Condemnation gegen den Leugnenden auf vier dahin gehörige Klagen übertragen wurde [8]).

In allen jenen Fällen wurde also die der Legis Actio zum Grund liegende rechtliche Behauptung des Klägers direct in die Intentio der Formula übernommen, und eine ausdrückliche Beziehung auf die Legis Actio fand um so weniger statt, als diese ja gesetzlich nicht mehr bestand. Gaius berichtet uns aber von einer andern Art, wie man neue Klagformen an die alte anknüpfte, von actiones, quae ad legis actionem exprimun-

3) Vgl. § 40 Note 1 mit § 89 Note 2. § 90 Note 5. § 91 Note 3. § 92 Note 4. 5.

4) Vgl. § 43 Note 10, § 44 Note 19. 26 mit § 93 Note 9. 27. Für die Eideszuschiebung *Paul.* III. 1. *Dig.* 12, 2. *Cod. Iust.* 4, 1.

5) Vgl. § 48 Note 15 mit § 95 Note 32.

6) S. § 40 Note 19. 22, § 48 Note 9. 10.

7) S. § 94 Note 8.

8) Vgl. § 45 Note 28. 40, § 48 S. 176 mit *Gai.* IV. §§ 9. 171. und unten § 104 Note 56. Ueber die actio iudicati s. unten § 111.

tur, im Gegensatz derjenigen, quae sua vi ac potestate constant[9]). Leider ist uns die Erläuterung jenes Begriffs auf einer nicht lesbaren Seite (p. 199) der veronesischen Handschrift verloren gegangen. Das einzige erhaltene Beispiel dieser Klasse von Klagen aber sagt uns, daß die Formel eine Fiction der Legis Actio enthielt[10]); und da eine solche in allen so eben erörterten Formeln, den dinglichen Klagen, condictiones, actiones bonae fidei und arbitrariae und den civilen Pönalklagen nicht enthalten ist, so dürfen wir schließen, daß alle diese zu der andern zahlreichen Klasse, quae sua vi ac potestate valent, gehören, womit auch die von Gaius angeführten Beispiele übereinstimmen[11]). Zugleich ist klar, daß diese Klagen ihre selbständige Kraft und Gültigkeit nur aus dem materiellen Civilrecht (ius legitimum) haben[12]), und es wird dadurch wahrscheinlich, daß es der Prätor war, der jenen andern Klagen nur durch die Fiction einer noch zu Recht bestehenden Legis Actio gleichen Erfolg verschaffen konnte, daß diese also die ältesten ficticiae actiones des prätorischen Rechts sind[13]). So

9) *Gai.* IV. § 10. Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant: quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur.

10) *Gai.* IV. § 32. Item in ea formula, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. Vgl. die folgende Note.

11) *Gai.* IV. § 33. Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur: sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus: nec ullam adiungimus condictionis fictionem; itaque simul intellegemus, eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles. Die zuletzt genannten sind actiones bonae fidei; und unter der Unzahl andrer sind, wie wir aus den Formeln wissen, auch die in rem actiones und die civilen Pönalklagen begriffen.

12) *Cf. Gai.* IV. § 112. ipso iure competunt *Idem* §§ 45. 60. quibus iuris civilis intentio est. Vgl. Note 46. 47.

13) Zwar kommen Fictionen auch in leges vor mit der solennen Formel: siremps res, lex, ius, causaque omnibus omnium rerum esto, z. B. in *Lex Rubria c.* 21. 22. Allein daß daraus actiones ficticiae gegeben worden, ist nicht

war das Pfändungsrecht des Zollpächters durch die Lex Aebutia nicht abgeschafft, dessen Gebrauch aber nicht Jedem anständig; daher gab der Prätor eine Klage, durch welche er ihm vermittelst der Fiction der Legis Actio dasselbe verschaffte, was diese ihm gewährt haben würde [14]). Die Fälle, wo zu ähnlichen Zwecken die sacramenti actio oder manus iniectio fingirt wurde [15]), errathen zu wollen, wäre verwegen. Doch giebt es zwei prätorische Klagen, deren Eigenthümlichkeit auf eine solche schließen läßt. 1) Die actio furti manifesti wird mit den prätorischen actiones ficticiae, in welchen der Prätor das Civilrecht nachahme, zusammengestellt und soll, da sie nur der poena capitis die Strafe des Vierfachen substituirt habe, nicht wie andre prätorische Klagen in Jahresfrist verjähren [16]). Beides deutet auf theilweise Gleichstellung dieser Klage mit der Legis Actio durch eine Fiction in der Formel [17]). — 2) Von

denkbar: wozu hätte bei Einführung eines neuen Klagrechts die Fiction gedient, da das Gesetz dasselbe durch directe Vorschrift erreichen konnte? Die verwandte Natur der actiones ad legis actionem expressae bezeugt auch *Gai.* IV. § 34. durch den Uebergang zu den allgemein als prätorisch anerkannten actiones ficticiae: Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis. Der Unterschied lag nur darin, daß dort an die Legis Actio, hier an eine Formula angeknüpft wurde. Anders Savigny, System V. S. 74 Note m. Keller, Civilpr. S. 96. Rudorff, Rechtsg. II § 30 S. 102.

14) *Cic. Verr.* II. 13. III. 10. *sqq.* In Sicilien folgte ohne Zweifel nach der lex Rupilia oder dem edictum provinciale der Pfändung eine gerichtliche Verhandlung. Wenn *Gai. cit.* Note 10 sagt: olim, si pignus captum esset, so war allerdings zu seiner Zeit die Pfändung nicht mehr in Gebrauch, auch mit der prätorischen Pönalklage: QUOD PUBLICANUS VI ADEMERIT, nicht wohl vereinbar. *Dig.* 39, 4. Huschke, Iurispr. anteiust. Gai. IV. § 31. Note 2 vermuthet, daß auch die pignoris capio in den Fällen des ius sacrum nach der Lex Aebutia fortbestanden habe.

15) Auf solche deutet die alleinige Ausnahme der condictio und der Fälle der iudicis postulatio bei *Gai. cit.* Note 11.

16) *Gai.* IV. § 111. Aliquando tamen has quoque (*sc. actiones, quae ex Praetoris iurisdictione pendent*) perpetuo dat, velut quibus imitatur ius legitimum: quales sunt eae, quas bonorum possessoribus ceterisque, qui heredis loco sunt, accommodat; furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius Praetoris iurisdictione proficiscatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.

17) Nur um meinen Gedanken

der prätorischen iniuriarum aestimatoria actio ist es bezeugt, daß sie eine Demonstratio hatte, wie sie sonst nur in Civilklagen vorkommt[18]). Da es für eine daran anschließende Intentio an allem Inhalt fehlt, so vermuthe ich, daß auch hier die Fiction der Legis Actio deren Stelle einnahm[19]), und daß die nicht zweifelhafte Condemnatio, durch welche die arbiträre Geldstrafe der Talion und den geringen Bußen der Zwölf Tafeln substituirt wurde, ihr, wie gewöhnlich, folgte[20]).

zu versinnlichen, wage ich folgende Restitution der Formel: Demonstratio: QUOD NUMERIUS NEGIDIUS AULO AGERIO FURTUM MANIFESTUM FECIT PATERAE AUREAE (vgl. folg. Note und *L. 19. pr. §§ 1—4. D. de furtis* 47, 2.). Fictio: TUM SI OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM EX LEGE VERBERARI ITEMQUE AULO AGERIO ADIUDICARI OPORTERET (*Gai.* III. § 189). Condemnatio: QUANTI EA RES FUIT, TANTAE PECUNIAE IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO QUADRUPLUM CONDEMNATO, S. N. P. A. Ein andrer Versuch der Restitution bei Rudorff, Rechtsg. II. S. 353. — Nach *Plaut. Curc.* V. 2, 21. (619) möchte man annehmen, daß der Prätor diese Klage schon vor der Lex Aebutia gab; gewiß gehörte sie zu den ältesten prätorischen Klagen. Rudorff cit. S. 351.

18) *Gai.* IV. § 60. — si is, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum esse aliam partem corporis percussam sibi demonstraverit *rel. Paul. in Coll.* II. 6. § 4. Sed et partem corporis demonstret et quem in modum, pugno puta, an fuste, an lapide ea (*sit percussa*), sicut formula est proposita: QUOD AULO AGERIO A NUMERIO NEGIDIO PUGNO MALA PERCUSSA EST. § 5. — Sic enim et formula concepta est: QUOD NUMERIUS NEGIDIUS ILLUM (SIBILUM *Huschke*) IMMISIT AULO AGERIO INFAMANDI CAUSA. Damit, daß hier die Demonstratio gewissermaßen die Intentio vertritt, hängt die Meinung zusammen, daß bei dieser überdieß infamirenden Klage das plus in demonstratione den Verlust der Sache zur Folge habe. *Gai. cit.*

19) Etwa so: TUM SI OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM EX LEGE AB AULO AGERIO TALIONEM PATI OPORTERET, oder AULO AGERIO POENA LEGITIMA INIURIAM DECIDERE OPORTERET. Die von Huschke, Gaius S. 140 angenommene Intentio: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO EA RE INIURIAM FECISSE, halte ich dem Sinn nach für unmöglich. Denn wie kann noch in Frage kommen, ob die Ohrfeige eine Injurie sei? Wo die beleidigende Absicht zweifelhaft ist, z. B. in dem zweiten Fall bei *Paul. cit.* Note 18, wird diese in der Demonstratio behauptet. Rudorff, Rechtsg. II. S. 357 folg. schließt an die Demonstratio unmittelbar die Condemnatio an. — Auch die actio iniuriarum gehört ohne Zweifel zu den ältesten prätorischen Klagen. *Gell.* XX. 1, 13. Rudorff cit. S. 356 Note 5.

20) QUANTUM TIBI, IUDEX, AEQUUM ESSE VIDEBITUR, TANTAE PECUNIAE DUMTAXAT HS. NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA, S. N. P. A. *cf. L. 11.*

Doch wie dem auch sei: zahlreich waren diese den Legis Actiones nachgebildeten Klagen keines Falls[21]). Dagegen bot die im Volke selbst fortschreitende Rechtsanschauung dem Prätor Veranlassung, zur Ergänzung oder Abänderung des Civilrechts neues prätorisches Recht zu schaffen[22]) und dieses durch eine große Zahl neuer in seinem Edict aufgestellter Formulae (actiones honorariae) ins Leben zu führen.

Hierbei schloß er sich zunächst, nicht sowohl weil ihm zu selbständigen Rechtsbildungen die Macht gefehlt hätte, sondern um diese mit dem bestehenden Recht organisch zu verknüpfen und ihnen die Bestimmtheit der schon vorhandenen bewährten Rechtssätze zuzuwenden, an das Civilrecht an. Die neue in ihren Bedingungen erweiterte Klage nennen die römischen Juristen im Gegensatz der actio directa, d. i. der strenger bedingten Civilklage, actio utilis, weil sie dem praktischen Bedürfniß dient, das auch jener zum Grunde liegt, aber durch deren zu engen Buchstaben nicht erreicht wird[23]). Dem hierbei befolgten Gesetz der Analogie[24]) gab der Prätor Ausdruck durch eine der

§ 1. *L. 16. L. 17. § 2. L. 18. pr. D. de iniur.* (47, 10). *L. 34. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). *Gai.* III. § 224. *Coll.* II. 2. 6. § 1.

21) Denn die actiones, quae sua vi ac potestate valent, waren unzählig. *Gai. cit.* in Note 11. Immerhin gaben jene einem Freunde des alten Rechts willkommnen Anlaß, die geschichtlich so interessanten Legis Actiones zu besprechen. *Gai. cit.* in Note 9.

22) *Pap. L. 7. § 1. D. de iust. et iure* (1, 1). — adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam.

23) *L. 11. D. de praescr. verb.* (19, 5). *Pomp.* — eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet Praetor in eo, quod legi deest; — idque utilitas eius legis exigit. Für utilitas im Gegensatz der stricta iuris ratio s. *Gai.* III. § 160.

24) Daher nicht contra legis voluntatem *L. 64. § 9. D. sol. matr.* (24, 3), sondern ex sententia legis *L. 6. C. l. de lege Aquilia* (3, 35) und wo par ratio ist. S. z. B. *L. 4. D. si quadrupes* (9, 1). *L. 6. § 3. D. de his qui effud.* (9, 3) u. A. Die Analogie bezeichnen die Ausdrücke ad exemplum (nach dem Vorbilde) legis Aquiliae *L. 53. D. ad leg. Aquil.* (9, 2), — huius actionis *L. 5. § 12. D. de his qui eff.* (9, 3), — vindicationis *L. 35. pr. D. de obl. et act.* (44, 7), ad similitudinem iudicati *L. 8. C. l. de reb. cred.* (4, 1) und actiones legi Aquiliae accommodatae (nachgebildet) *L.*

Formula eingerückte Fiction (actio ficticia)[25]), wodurch genau derselbe Erfolg wie durch die actio directa erzielt wurde[26]). Von den sehr zahlreichen Fällen führen auch wir nur einzelne Beispiele an.

Eine der wichtigsten Neuerungen des Prätors war die Einführung des prätorischen Erbrechts (bonorum possessio), in seinen Bedingungen erweitert, aber in dem Erfolg als Universalsuccession dem civilen Erbrecht nachgebildet. Da er aber nicht Gesetzgeber ist, kein an sich gültiges Recht schaffen, also auch Niemanden zum Erben machen kann, der es nicht nach Civilrecht ist, sondern den von ihm Berufenen nur in seiner Jurisdiction behandeln will, als wäre er Erbe (loco heredis)[27]), so können auch alle zur Erbschaft gehörigen Klagen nur als actiones utiles, d. h. mit der Fiction, daß er Erbe sei (ficto se herede), ihm und gegen ihn gegeben werden[28]).

Die Eigenthumsklage (rei vindicatio) belastet den Kläger in den Fällen des derivativen Erwerbs der Sache, natürlich den gewöhnlichsten, mit dem schwierigen Beweis des Rechts seines Auctors. Ist er dazu nicht im Stande, so wäre er bis zu vollendeter Usucapion ohne gerichtlichen Schutz gegen Dritte, welche die Sache nicht einmal in Rechtsform (iusto titulo und bona fide) erworben, also noch weniger Recht daran haben[29]).

11. D. de pr. verb. (19, 5). *cf. Gai.* IV. § 111. (*Praetor*) imitatur ius legitimum.

25) Dieß sind die alterius generis fictiones in quibusdam formulis, von denen *Gai.* IV. §§ 34–38. Beispiele anführt. Die Identität von actio ficticia und actio utilis bezeugt am bestimmtesten *Gai.* IV. § 38. actio utilis, id est in qua fingitur. Nach *Gai.* IV. § 34. *Ulp.* XXVIII. 12. hat der prätorische Erbe actiones ficticiae, denen Jener die actiones directae entgegensetzt. *Gai.* III. § 81. ist hiernach von Huschke sachlich richtig restituirt. Aehnlich der heres fideicommissarius. *Gai.* II. § 253. Note 35.

26) *L. 47. § 1. D. de neg. gestis* (3, 5). *Paul.* Nec refert, directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur [quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est; maxime] cum utraque actio eiusdem potestatis est, eundemque habet effectum. Die eingeklammerten Worte sind ein emblema Triboniani.

27) *Gai.* III. § 32. *Ulp.* XXVIII. 12.

28) *Gai.* IV. § 34. *cf.* III. § 81. *Ulp. cit.*

29) *L. 31. pr. D. de Publiciana*

Diesem praktischen Nothstand half ein Prätor Publicius ab durch Aufstellung einer Klage, in deren Formel er die Vollendung der Usucapion fingirt[30]), sie also damit an die bekannten Bedingungen des Usucapionsbesitzes (bonae fidei possessio oder possessio civilis) anknüpft und ihr die eben so bekannten Wirkungen der civilen Vindication zuwendet[31]). Mit dieser Publiciana in rem actio konnte nun auch das Eigenthum nach Jus Gentium (in bonis), das der römische Bürger durch Usucapion in civiles (ex iure Quiritium) verwandelt, verfolgt werden, obgleich dieses nicht die erste Veranlassung zu ihrer Einführung gegeben hatte[32]).

Wie hier der Prätor urbanus mittelbar das Jus Gentium schützte, so übertrug der Prätor peregrinus civile Pönalklagen auf die Peregrinen, indem er in der Klage fingirte, der Kläger oder der Beklagte sei römischer Bürger[33]).

Das ausgedehnteste Mittel des Prätors, freiere Rechtsgrundsätze gegen das strenge Civilrecht geltend zu machen, war die in integrum restitutio. Wurde durch diese ein durch irgend ein Ereigniß untergegangenes Recht wieder hergestellt, so konnte dieses Recht nur durch eine Formula verfolgt werden, worin jenes Ereigniß als nicht vorgekommen fingirt wurde[34]).

in rem actione (6, 2). Ait Praetor: Si quis id, quod traditur ex iusta causa, non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.

30) *Gai.* IV. § 36. — datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit: nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo *rel.* S. Note 37. 39. 40. 41. Die Beziehung auf die Intentio der formula petitoria beweist, daß die Publiciana später ist als diese. *§ 4. I. de act.* (4, 6).

31) *L. 7. § 6. D. de Publ. in rem* (6, 2). Publiciana ad instar proprietatis respicit. *L. 35. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). — Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur.

32) Dieß folgt aus der im Edict, durch die Worte non a domino ausdrücklich vorbehaltenen exceptio dominii *L. 16. L. 17. D. de Publ. in rem.* (6, 2), die der bonitarische Eigenthümer wegen der replicatio rei venditae et traditae nicht zu fürchten hat. *L. 14. D. eod.* Die Möglichkeit der Uebertragung auf diesen Fall tritt bei Gaius Note 30 besonders deutlich hervor.

33) *Gai.* IV. § 37. *cf. Cic. Verr.* II. 12.

34) *Gaius* IV. § 38. erwähnt

Nachdem diese prätorische Klagform üblich geworden, verschmähten selbst Gesetze es nicht, auf diesem Umweg einen Erfolg zu bewirken, den sie direct hätten vorschreiben können[35]).

Alle diese Formeln enthalten vier Theile (partes formularum)[36]): 1) die Erwähnung der Thatsache, auf welche die actio utilis sich wirklich gründet[37]), insofern sie des Beweises im Judicium bedarf[38]); 2) die fingirte rechtliche oder thatsächliche Voraussetzung[39]); 3) die hypothetische rechtliche Folgerung

nur den Untergang einer Contractsschuld durch capitis deminutio. *cf.* III. § 84. *L. 1. § 2. D. de cap. min.* (4, 5) Eine solche actio rescissoria konnte aber auch in allen andern Fällen der Restitution gegeben werden. *L. 46. § 3. D. de procur.* (3, 3). *L. 9. § 4. D. quod met. causa* (4, 2). *L. 13. § 1. D. de min.* (4, 4). *L. 28. § 6. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6) u. A.

35) So das SC. Trebellianum rücksichtlich der hereditas fideicommissaria, nach deren Restitution der Fideicommissar-Erbe die Erbschaftsklagen als actiones utiles oder ficticiae haben soll. *Gai.* II. § 253, s. oben Note 25. Ebenso die *lex Rubria c.* 20., die den Municipalmagistraten im cisalpinischen Gallien selbst die Formel, analog derjenigen des prätorischen Edicts (*L. 7. pr. D. de damno infecto* 39, 2), vorschreibt. S. Huschke, Ueber die Klagformeln in der Lex Rubria: Gaius S. 203 folg.

36) Auch in Bezug auf diese außerordentlichen Theile sagt *Gai.* IV. § 39. von den ordentlichen: Partes autem formularum praecipuae hae sunt *rel.*

37) Actio Publiciana: SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST. *Gai.* IV. § 36. Actio furti adversus peregrinum: SI PARET OPE CONSILIO DIONIS CIVI ROMANO, verbi gratia TITIO FURTUM FACTUM ESSE. *Idem* § 37. vgl. unten § 100 Note 21. Damni infecti: SI EX DECRETO DUUMVIRI — QUOD EIUS [IS] DUUMVIR — EX LEGE RUBRIA — DECREVERIT, Q. LICINIUS EO NOMINE, QUA DE RE AGITUR, L. SEIO DAMNI INFECTI REPROMITTERE NOLUIT. *Lex Rubria cit.* Ueber die verschiedene Reihenfolge dieser verschiedenen Theile vgl. Huschke a. a. O. S. 227 Note 27.

38) Die in integrum restitutio, die der Prätor selbst verfügt hatte, stand an sich fest. Die Ertheilung der bonorum possessio, die bonorum venditio, die Restitution der hereditas fideicommissaria desgleichen, und wurde rücksichtlich ihrer materiellen Bedingungen durch ein praeiudicium festgestellt. Daher fällt hier jener Theil weg. *Gai.* IV. § 34.

39) Actio bonorum possessoris: SI AULUS AGERIUS LUCIO TITIO HERES ESSET. *Gai.* IV. § 34. Act. Publ.: SI ANNO POSSEDISSET. *Idem* § 36. Act. furti adversus peregrinum: SI [IS] CIVIS ROMANUS ESSET. *Idem* § 37. Actio rescissoria: SI CAPITE DEMINUTUS DEMINUTAVE NON ESSET. *Idem* § 38. Damni infecti: SI ANTEQUAM ID IUDICIUM Q. D. R. A. FACTUM EST, Q. LICINIUS DAMNI INFECTI EO NOMINE Q. D. R. A. EAM STIPULATIONEM, QUAM IS, QUI ROMAE INTER PEREGRI-

daraus, entsprechend der Intentio der actio directa [40]); 4) die gewöhnliche Condemnatio derselben [41]), die durch Vermittelung der beiden hypothetischen Zwischensätze an die im ersten Theil ausgedrückte thatsächliche Bedingung der actio utilis geknüpft wird. Die Formel enthält also regelmäßig zwei Behauptungen des Klägers, die auch den Gegenstand seines Beweises im Judicium bilden: die erste unter 1) auf eine Thatsache gerichtet, die zweite unter 3) auf ein Recht. Jene ist die wirkliche Intentio der prätorischen actio utilis, und diese selbst insofern, einer nachher zu erläuternden römischen Terminologie gemäß, in factum concepta; diese die entlehnte Intentio der civilen actio directa und deshalb in ius concepta [42]).

Für die wichtigsten, durch die Erfahrung bewährten Fälle hatte der Prätor diese actiones ficticiae in seinem Edict verzeichnet [43]). Nach der ihm beiwohnenden Macht konnte er aber auch im einzelnen Fall, für den keine im Edict angekündigte Formel vollkommen paßte, durch Umbildung der nächstliegenden actio directa in der angegebenen Weise Rath schaffen [44]).

NOS IUS DICIT, IN ALBO PROPOSITAM HABET, L. SEIO REPROMISISSET. *Lex Rubria cit.*

40) Act. bon. poss.: TUM SI PARET FUNDUM, DE QUO AGITUR, EX IURE QUIRITIUM EIUS ESSE OPORTERE, oder: TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE. *Gai.* IV. § 34. Act. Publ.: TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EX IURE QUIRITIUM EIUS ESSE OPORTERET. *Idem* § 36. Act. furti adversus peregr.: QUAM OB REM EUM — PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET. *Idem* § 37. Damni infecti: TUM QUIDQUID EUM Q. LICINIUM EX EA STIPULATIONE L. SEIO DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. *Lex Rubr. cit.*

41) Hierauf verweist *Gai.* IV. §§ 36. 37. durch die Worte et reliqua. Ausführlich giebt die gewöhnliche Condemnatio der actio incerti aus der stipulatio damni infecti *Lex Rubria cit.* DUNTAXAT HS * EIUS, IUDEX, Q. LICINIUM L. SEIO — CONDEMNA: SI NON PARET ABSOLVE. *cf. Gai.* IV. § 51.

42) Vgl. vorläufig *Gai.* IV. §§ 45. 46. Ob die letztere intentio genannt wurde, wie Heffter's und Huschke's Restitution von *Gai.* IV. § 34. praeposita simili fictione *intentio* ita subicitur, voraussetzt, steht dahin. Nach § 38. nec directo intendere licet, möchte man sie eine intentio obliqua nennen.

43) *Gai.* II. § 253. — utiles actiones — eaeque in edicto proponuntur.

44) *L. 21. D. de pr. verb.* (19, 5). *Ulp.* Quotiens deficit actio, — utilis actio — [*danda*] est. Fälle der Art enthalten u. A. *L.*

Bei dieser Anlehnung an das Civilrecht blieb der Prätor aber nicht stehen. Sehr bald war er veranlaßt, ganz neue Rechtsgrundsätze durch selbständige Klagen zur Ausführung zu bringen, die theils den Namen ihres Erfinders führten, wie die actio Serviana, Pauliana u. A., theils ihre Namen von dem Klaggrunde entlehnten, wie die actio constitutae pecuniae, doli u. s. w., theils von ihrer allgemeinen Form, die sie von den Civilklagen unterschied, actiones in factum heißen [45]). Denn, da es in allen diesen Fällen kein an sich bestehendes Jus gab, auf das der Prätor den Judex hätte verweisen können, so mußte er ihm in der Formel die Thatsache, auf die es ihm ankam, bezeichnen, und den Befehl, den Beklagten zu einer bestimmten Leistung zu condemniren, daran knüpfen [46]). Dies also ist die Bedeutung des von Gaius berichteten Unterschiedes der formulae in ius und in factum conceptae. Die ersten bezeichnet er dadurch als Civilklagen, daß ihre Intentio nicht nur auf ein Recht gerichtet ist (in ius), sondern einen Satz des Civilrechts ausspricht (iuris civilis) [47]). Und wenn er nicht

20. D. ex quib. caus. mai. (4,6). *L. 24. pr. D. de pign. act.* (13, 7). *L. 8. § 8. D. ad SC. Vell.* (16, 1). *L. 59. D. soluto matr.* (24, 3).

45) Beweis: die sehr zahlreichen actiones in factum sind prätorische Klagen (s. jedoch Note 98—100). Doch ist es zufällig, ob der Prätor sie so im Edicte bezeichnete; denn auch wo dieses nur lautet: iudicium dabo, wird die Klage und zwar ausdrücklich, im Gegensatz einer Civilklage und gleichbedeutend mit honoraria, in factum actio genannt. S. z. B. *L. 1. pr. L. 3. § 2. D. nautae* (4, 8). So auch *L. 25. § 1. D. de obl. et act.* (44, 7). *Ulp.* unterscheidet actiones ex contractu, ex facto (= *ex maleficio*, nehmlich civiles) und in factum z. B. wegen in ius vocatio des Prätors, also prätorische.

46) Daher *Gai.* IV. § 112. actiones, quae ipso iure competunt aut a Praetore dantur. § 110. quae ex propria ipsius iurisdictione pendent. Unter dem Prätor ist hier der zur Zeit der Klage fungirende Prätor zu verstehen; daher er in der Formel, wo es nöthig war, mit Namen genannt wurde. *Gai.* IV. § 46. CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS. Ebenso bei den Interdicten, s. § 98 Note 123.

47) *Gai.* IV. § 45. Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium, aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum [decidere oportere: in] quibus iuris civilis intentio est. § 60. iuris contentio. §. 106. formula, quae in ius habet intentionem. § 107. iuris civilis habet intentionem.

eben so bestimmt die Formeln mit einer Intentio in factum concepta für die eigenthümliche Gestalt der prätorischen Klagen erklärt [48]), so hängt dieß damit zusammen, daß einmal, wie wir gesehen, die prätorischen ficticiae actiones die intentio in ius concepta von der entsprechenden directa actio entlehnten [49]), sodann daß, wie es sich gleich zeigen wird, auch für Civilklagen unter Umständen eine in factum concepta formula gegeben wurde [50]). Endlich werden wir später die Form kennen lernen, durch welche der Prätor civile Schuldklagen auf Dritte übertrug, ohne deren in ius concepta intentio zu ändern [51]). Daß aber, abgesehen von diesem letzten Fall, alle prätorischen Klagen mit Einschluß der actiones ficticiae [52]) eine in factum concepta intentio hatten, deshalb also in factum actiones heißen können, bestätigen die Quellen [53]).

Von der großen Zahl selbständiger Klagen, durch welche der Prätor das gesammte System des Civilrechts erweiterte [54]), heben wir nur die wichtigsten hervor, deren Formula sich mit einiger Sicherheit bestimmen läßt.

Das Sachenrecht erweiterte er nicht nur durch die oben

48) *Gai. cit.* § 46. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, sed initio formulae nominato eo quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas permittitur. § 60. statim initio intentionis loco res de qua agitur designetur *rel.*

49) S. Note 40. 42.

50) S. unten Note 91.

51) S. unten § 100.

52) S. Note 42.

53) So die von *Gai.* IV. § 46. angeführten Beispiele und die hinzugefügte Bemerkung: et denique innumerabiles eiusmodi aliae formulae in albo proponuntur, insofern die prätorischen Klagen überhaupt die Mehrzahl bilden. Ebenso die sonst in unsern Quellen vorkommenden prätorischen Klagen, insofern wir ihre Formeln bestimmen können. Endlich, daß der allgemeine Name der prätorischen Klagen, in factum actio, und formula in factum concepta gleichbedeutend ist. *Gai.* IV. § 107. si — in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem; — si vero vel in rem vel in factum actum fuerit *rel.*

54) *§ 3. I. de act.* (4, 6). Aliae (*sc. actiones*) sunt, quas Praetor ex sua iurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam. *cf.* § 1. *eod.* Ueber die in § 13. *eod.* erwähnten prätorischen Präjudicialklagen, denen man freilich die Natur von in factum actiones bestreiten könnte, s. § 97.

erwähnte Publiciana oder utilis in rem actio, die er auch auf die Servituten übertrug[55]), sondern auch durch Erfindung ganz neuer iura in re. So gab er dem Pächter, der durch die Ausdehnung und die ewige oder doch längere Dauer seines Nutzungsrechts dem Eigenthümer ähnlich ist, neben seiner persönlichen Contractsklage gegen den Verpächter eine in rem actio gegen jeden Dritten, erkannte also hiermit in seiner Person ein beschränktes dingliches Recht (ius in agro vectigali, superficies) an[56]). Ferner dem Pfandgläubiger, dessen Forderung weder durch Fiducia, also Eigenthum, noch durch Faustpfand, also gegenwärtigen Besitz, gesichert ist, eine Klage gegen jeden Dritten, also in rem, auf den Besitz des Pfandes zum Behuf seines Verkaufs[57]), wodurch er den Grund zu dem schon bei den

55) *L. 11. § 1. D. de Publ. in rem* (6, 2). *L. 1. § 2. D. de serv. pr. rust.* (8, 2).

56) In zwei Fällen: I) *Dig.* 6, 3. *si ager vectigalis petatur. L. 1. § 1. L. 3. h. t. Gai.* III. § 145. *L. 71. §§ 5. 6. D. de leg.* 1. (30). Die formula in factum concepta lautete: SI PARET A. A. A MUNICIPIBUS MUNICIPII VENUSINI FUNDUM CORNELIANUM IN PERPETUUM (IN XXX ANNOS) CONDUXISSE, NEQUE IS FUNDUS AULO AGERIO RESTITUETUR (*Cic. Verr.* II. 12.): QUANTI EA RES ERIT *rel. cf. Gai.* IV. § 51. Ob die Zahlung des vectigal (*L. 1. pr. L. 2. h. t.*) auch gegen den dritten Besitzer bewiesen und deshalb in die Formel aufgenommen werden mußte? II) *Dig.* 43, 18. *de superficiebus. L. 1. pr. § 1. § 3. h. t.* (quasi in rem actio). *L. 73. § 1. — L. 75. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 19. pr. D. de damn. inf.* (39, 2). Formel: SI PARET A. A. A N. N. SUPERFICIEM IN PERPETUUM (IN ANNOS XXX) CONDUXISSE *rel.* Vgl. Savigny, System V. S. 81 Note i. In denselben Fällen gab der Prätor auch wegen Activ- und Passivservituten des verpachteten Grundstücks utiles actiones. *L. 1. § 6. § 9. D. de superfic.* (43, 18). *L. 1. pr. D. quib. mod. us.* (7, 4).

57) Die actio Serviana gab der Prätor bekanntlich anfangs nur dem Verpächter in Bezug auf die durch formlosen Vertrag verpfändeten Inventarstücke und Früchte, an denen weder Fiducia noch Faustpfand möglich war; dann wurde sie als actio quasi Serviana oder utilis oder hypothecaria auf alle möglichen Schuldverhältnisse und Sachen ausgedehnt. *§ 7. I. de act.* (4, 6). *L. 3. § 3. D. ad exhib.* (10, 4). Gaius, Marcian und Paulus besprachen das Recht der Hypothek, Jeder in einem liber singularis de formula hypothecaria; so genau schloß sich jenes an diese an. Die Formel restituirt Keller, Civilpr. S. 127 so: SI PARET EAM REM Q. D. A. AB EO, CUIUS IN BONIS TUM FUIT, OB PECUNIAM PROMISSAM (NUMERATAM, DEBITAM u. s. w.) AULO AGERIO PIGNORI OBLIGATAM (oder PIGNORI HYPOTHECAEVE DATAM), EAMQUE PECUNIAM NEQUE SOLUTAM NEQUE EO

Römern und noch bei uns heutzutage so wichtigen Hypothekenrecht (ius hypothecae) legte. Alle diese prätorischen in rem actiones sind, wie die civilen, arbitrariae.

Im Obligationenrecht fand der Prätor neben den zahlreichen und mannichfaltigen Contracten des Civilrechts, die fast alle Bedürfnisse befriedigten, es nur in zwei Fällen nöthig, eine neue Klage aufzustellen. Erstens für ein im Geldverkehr häufig vorkommendes Geschäft, das formlose Versprechen einer bereits geschuldeten Geldsumme (pecunia constituta), — dem dann das erneuerte Versprechen andrer fungibler Sachen (res quae pondere, numero, mensura constant) gleichgestellt wurde, — ursprünglich um einen bestimmten Zahlungstag festzusetzen, dann auch zum Behuf der Uebertragung auf einen andern Schuldner oder Gläubiger, der Aenderung des Objects, der Bestärkung durch Bürgschaft oder Pfand und andre Modalitäten[58]). Die dafür aufgestellte Formula (constitutoria actio) mußte als prätorische eine in factum concepta intentio haben, also hauptsächlich das Constitutum und als wesentliche Voraussetzung desselben, die frühere Schuld aussprechen[59]). Die Condemnatio aber ging auf das Interesse der an dem bestimmten Tage nicht geleisteten Zahlung oder des sonst nicht erfüllten Versprechens[60]), war also eine condem-

NOMINE SATISFACTUM ESSE, NEQUE PER AULUM AGERIUM STARE, QUOMINUS SOLVATUR SATISVE FIAT: NISI ARBITRATU TUO NUMERIUS NEGIDIUS AULO AGERIO RESTITUAT, QUANTI EA RES ERIT, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA S. N. P. A.

58) *Dig.* 13, 5. *Cod. Iust.* 4, 18. de constituta pecunia. *§§ 8. 9. I. de act.* (4, 6). Ueber den Gegenstand der frühern Schuld s. *L. 2. pr. § 1. I. h. t.* Den ursprünglichen Zweck des Constitutums und seine Erweiterung hat zuerst nachgewiesen Bruns in Zeitschr. für Rechtsg. I. S. 28—180.

59) Sie mußte also lauten: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM SESTERTIUM X MILIA AULO AGERIO SOLUTURUM (CENTUM MODIOS FRUMENTI DATURUM) SE CONSTITUISSE, — EAMQUE PECUNIAM (IDQUE), CUM CONSTITUEBATUR, DEBITAM (DEBITUM) FUISSE. Für die letzten Worte s. *L. 18. § 1. D. h. t. cf. L. 1. §§ 7. 8. L. 2. L. 3. pr. § 1. eod.* Vgl. Rudorff, Rechtsg. II. S. 142. Die causa der frühern Schuld wurde nicht ausgedrückt. Bruns cit. S. 74 folg.

60) Und zwar sowohl wenn die ursprüngliche Schuld auf certa pecunia, als wenn sie auf ein

natio incerta[61]), wodurch die Klage den Anschein einer actio arbitraria gewinnt[62]). Wirklich war sie dieses aber nicht; der Schuldner, der sein Wort gebrochen[63]), sollte deren Begünstigungen, insbesondre die Möglichkeit, noch im Lauf des Judiciums arbitrio iudicis sich zu liberiren, nicht genießen. Deshalb wird die Nichterfüllung seiner Verpflichtung am verabredeten Tage, spätestens bis zur erhobenen Klage, in die Intentio gezogen[64]) und die Condemnation zum Interesse einer Strafe verglichen[65]). Ja der Prätor nöthigt den Beklagten außerdem,

Incertum ging, oder das Constitutum selbst ihr Modalitäten hinzufügte, welche die Forderung eines Interesses begründeten. Nur vermöge dieser ihrer Natur als incerta-actio konnte sie diese Ausdehnung erhalten. Auch das Interesse des verabredeten Orts der Erfüllung wurde berücksichtigt; nur hierin und daß sie bei jedem competenten Richter angestellt werden konnte, glich sie der actio arbitraria de eo quod certo loco dari oportet. *L. 16. § 1. D. h. t.* Vgl. Bruns cit. IV. S. 57 folg. V. S. 87 folg.

61) Sie lautete: QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO: S. N. P. A. *cf. Gai.* IV. § 47.

62) Für eine solche erklärt sie Savigny, System V. S. 498.

63) *L. 1. pr. D. h. t. Ulp.* Hoc edicto favet Praetor naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit (also rücksichtlich seiner Form, wie bei den Consensualcontracten); quoniam grave est fidem fallere. *L. 25. pr. eod. Papin.* — fidem constitutae rei frangere.

64) *L. 16. § 2. D. h. t. Ulp.* Ait Praetor: SI APPAREAT, EUM QUI CONSTITUIT NEQUE SOLVERE (*l.* SOLVISSE), NEQUE FECISSE, NEQUE PER ACTOREM STETIT (*l.* STETISSE *L. 18. pr. eod.*), QUOMINUS FIERET QUOD CONSTITUTUM EST. Ulpian erläutert das Recht der Klage, wie auch sonst die alten Juristen thaten, an der im Edict aufgestellten Formula, und Tribonian mußte die Worte derselben des Zusammenhangs wegen dießmal mitaufnehmen, jedoch indem er das veraltete Wort PARET in APPAREAT umbildete. Sie gehörten in die Note 59 angedeutete Lücke. Statt eum qui constituit und per actorem standen in der wirklichen Formel die Namen der Partheien. Ebenso fügt Ulpian in *L. 16. § 4. eod.* den Formelworten NEQUE FECISSE hinzu: reum quod constituit. Vgl. Bruns cit. S. 46 folg. S. 59 „was auch der ursprüngliche Zusammenhang dieses Satzes gewesen sein mag, doch jeden Falls der wesentliche Inhalt der Formula". — Ein Arbitrium wird dabei so wenig erwähnt, als in den oben § 94 Note 81 erwähnten Pönalklagen; und auf die Zeit vor erhobener Klage beziehen es ausdrücklich *L. 16. § 4. L. 17. L. 18. pr. D. h. t.* Wegen NEQUE PER ACTOREM STETISSE vgl. die formula hypothecaria in Note 57. Der Gläubiger sollte nicht durch Verweigerung der Annahme sich die Klage auf das Interesse sammt dem Succumbenzgeld von 50 Prozent verschaffen können.

65) *L. 18. § 2. D. h. t. Ulp.* Utrum poenam contineat haec

wie bei der condictio certae pecuniae, zur Promittirung eines Succumbenzgeldes (sponsio), welches die Hälfte des eingeklagten Werthes beträgt[66]), wogegen natürlich der Kläger, wenn er die Sponsion verlangt, eine Restipulation von gleichem Betrage stellen muß[67]). — Wie hier der Prätor aus dem formlosen Constitutum auch über eine bonae fidei Obligation eine strenge Klage gab[68]), so umgekehrt aus einem formellen stricti iuris Contract, wenn an einem andern als dem bestimmten Erfüllungsort geklagt wurde, eine freie Klage, die actio arbitraria de eo quod certo loco dari oportet[69]). Sehr natürlich;

actio, an rei persecutionem? Et magis est, ut et Marcellus putat, ut sit rei persecutio. Damit hing es zusammen, daß die Klage in gewissen Fällen binnen Jahresfrist verjährte. *L. 2. pr. C. l. h. t. cf. L. 35. pr. D. de obl. et act.* (44, 7).

66) *Gai.* IV. § 171. Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae. Bruns cit. S. 58—62 nimmt an, daß die Sponsion zugleich präjudicial gewesen und daß der Kläger die Wahl gehabt, ob er per sponsionem oder mit der in factum actio klagen wollte. Doch wissen die Quellen nur von Einer Klage, zu welcher, wie bei certa credita pecunia, die Sponsion hinzutrat. Auch daß die summa sponsionis in die Formel der in factum actio hereingezogen worden, wie Rudorff cit. S. 142 annimmt, ist mir zweifelhaft; warum sollte nicht, wie bei den Interdicten, eine besondere sponsionis formula gegeben worden sein, welche den Judex anwies, den Beklagten, der in der Hauptsache unterlegen, zur Hälfte der summa condemnationis zu verurtheilen?

67) *Gai. cit.* § 180. Restipulationis quoque poena ex quibusdam causis fieri solet und zwar in denselben, wo die Sponsio vorkam, *cf. Gai.* IV. §§ 13. 165. 94., wegen der gerechten Gleichstellung der Partheien. *L. 41. pr. D. de reg. iuris* (50, 17). Es scheint aber bisher übersehen worden zu sein, daß in den beiden Fällen Note 66 der Prätor die Sponsion nicht vorschrieb, sondern nur gestattete. *Gai. cit.* permittitur facere sponsionem. Anders bei den Interdicten. *Gai.* IV. §§ 141. 162. *sqq.* So auch Bruns cit. S. 58.

68) *L. 1. § 6. D. h. t.* Debitum autem ex quacunque causa potest constitui, id est ex quocunque contractu, sive certi sive incerti: et si ex causa emptionis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelae *rel. cf. L. 29. eod.* Das Constitutum war also auch für die Contrahenten ein Mittel, wie durch Stipulation, ein freies Schuldverhältniß in ein strenges zu verwandeln. Stricti iuris genannt wird das Constitutum nirgends.

69) S. oben § 94 Note 70—72. Die beiden Titel des Edicts (*Dig.* 13, 4.) de eo quod certo loco

denn durch diese Klage sollte hauptsächlich nicht der Beklagte gestraft, sondern dem Kläger es möglich gemacht werden, ihn an einem andern als dem Erfüllungsort zu belangen, wobei zunächst das Interesse des Ersten durch Minderung der Condemnation, dann auch das des Zweiten durch Erhöhung derselben oder der Sicherung der Leistung am Erfüllungsort selbst arbitrio iudicis zu berücksichtigen war [70]).

Sehr häufige Veranlassung fand dagegen der Prätor, die verhältnißmäßig geringe Zahl der civilen actiones ex maleficio zu ergänzen, durch Aufstellung reiner Pönal-, rein reipersecutorischer oder gemischter Klagen [71]). — Die Formulirung der ersten exemplificirt Gaius an der Klage des Patrons gegen seinen Freigelassenen, der ihn gegen das Edict des Prätors in ius vocirt [72]). Sie ist in factum concepta, auf certa pecunia, die bestimmte Geldstrafe gerichtet und unzweifelhaft strengrechtlicher Natur; ein Arbitrium Judicis ist hier gar nicht denkbar. Ebenso alle andren reinen Pönalklagen des prätorischen und ädilicischen Edicts. — Als Beispiel einer rein reipersecutorischen Klage ex maleficio mag die actio de dolo malo dienen. Ihre Formel, die wir mit ziemlicher Sicherheit aus den Quellen herstellen können [73]), ist in factum concepta

und (13. 5.) de pecunia constituta stehen zusammen und bilden den Uebergang von den Condictionen zu den bonae fidei Contracten.

70) *L. 2. pr. § 8. D. de eo quod certo loco* (13, 4). Die Klage an einem andern als dem Erfüllungsort wird ja als plus petitio betrachtet. *§ 33. I. de act.* (4, 6).

71) S. § 95 Note 12 - 14.

72) *Gai.* IV. § 46. Eigentlich als Beispiel einer in factum concepta formula überhaupt (*cf. Ulp. L. 25. § 1. D. de obl. et act.* 44, 7), qualis est illa formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum Praetoris in ius vocat: nam in ea ita est: RECUPERATORES SUNTO. SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO [ILLIUS] PATRONI LIBERTO, CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS IN IUS VOCATUM ESSE: RECUPERATORES, ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNATE: SI NON PARET ABSOLVITE. Diese Restitution halte ich für leichter und besser als die von Huschke versuchte; ILLE steht überall statt des Namens der Person. Recuperatoren erkennen, weil der in ius vocirte Patron die sofortige Bestrafung seines Libertus beantragt. *Gai.* IV. § 185. protinus.

73) Keller, Civilpr. S. 127.

und arbitraria. Denn da der Ersatz des durch Betrug zugefügten Schadens der Hauptzweck ist, so wird dem Beklagten noch während des Judiciums Veranlassung gegeben, ihn freiwillig zu leisten und die infamirende Condemnation von sich abzuwenden. Um diese letztere zu vermeiden, fand bekanntlich gegen Respectspersonen an Stelle der actio doli eine simple in factum actio statt, die sich nur dadurch von ihr unterscheidet, daß der Beklagte in der Formel zwar als Urheber des Schadens genannt, aber das Wort dolus vermieden wird [74]). Ebenso gegen den Erben, insofern er bereichert ist [75]). — Von den zahlreichen gemischten Klagen (actiones mixtae) erwähnen wir beispielsweise nur zwei: die actio vi bonorum raptorum, die, weil sie die Stelle der actio furti und damni iniuriae vertritt, keine Spur von Berücksichtigung der aequitas zeigt [76]), und die quod metus causa actio, die aus ähnlichem Grunde, wie die de dolo actio, zu den arbitrariae actiones gehört [77]).

SI PARET DOLO MALO NUMERII NEGIDII FACTUM ESSE, UT AULUS AGERIUS FUNDUM CORNELIANUM TITIO (oder NUMERIO NEGIDIO) MANCIPIO DARET (und dergleichen): IUDEX, NISI ARBITRATU TUO NUMERIUS NEGIDIUS AULO AGERIO REM RESTITUET, QUANTI EA RES ERIT NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA: S. N. P. A. *cf. L. 15. § 3. L. 16. L. 18. pr. D. de dolo malo* (4, 3). Daß der Prätor durch Einrückung der Worte IN HOC ANNO (Rudorff, Rechts. II. S. 170) den Judex angewiesen habe, über die Verjährung der Klage zu erkennen, bezweifle ich.

74) *L. 11. § 1. L. 12. h. t.*

75) *L. 17. § 1. L. 28. L. 29. D. h. t.*

76) *Keller, Semestria* III. *p.* 595. Civilpr. S. 127 restituirt die Formel, die der Prätor M. Lucullus a. 678 u. c. zuerst aufstellte, so: RECUPERATORES SUNTO: QUANTAE PECUNIAE PARET DOLO MALO FAMILIAE NUMERII NEGIDII VI HOMINIBUS ARMATIS COACTISVE DAMNUM DATUM ESSE AULO AGERIO, DUMTAXAT SESTERTIUM TOT MILIUM, TANTAE PECUNIAE QUADRUPLUM, RECUPERATORES, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATE: S. N. P. A. *Cic. pro Tullio* 7. Nach Keller's Ansicht *Sem. p.* 601. wurde erst später das Wort FAMILIA in der Formel gestrichen und BONAVE RAPTA ihr eingerückt. *cf. Dig.* 47, 8. *vi bonorum raptorum.* Ueber die geschichtliche Controvers, die uns hier nicht interessirt, s. Denselben *ibid.*

77) Die Formel ist der actio doli Note 73 gleich, nur daß es hier in der Intentio heißt: SI PARET METUS CAUSA FACTUM ESSE, UT *rel.*, ohne Erwähnung durch wen (in rem scripta) *L. 9. § 8. L. 10. L. 14. §§ 3. 5. D. quod met. causa* (4, 2), und in der Condemnatio: QUANTI EA RES

Das vom Prätor neu eingeführte Erbrecht (bonorum possessio) schützte er ursprünglich durch ein Interdict (interdictum quorum bonorum), später auch durch eine hereditatis petitio possessoria, von der wir nur wissen, daß sie im praktischen Erfolg der civilen Erbrechtsklage per formulam petitoriam ganz gleichstand [78]). Ob dieß durch eine der Formel eingerückte Fiction oder durch eine selbständige formula in factum concepta erreicht wurde, steht dahin. Ebenso brachte der Prätor die Universalsuccession des Senatusconsultum Trebellianum durch eine fideicommissaria hereditatis petitio zur Ausführung [79]).

Auf diese im Edict verzeichneten selbständigen actiones in factum conceptae war indeß seine schöpferische Rechtsthätigkeit so wenig wie bei den actiones ficticiae beschränkt. Zeigte sich im einzelnen Fall das Bedürfniß einer Klage, für welches keine der schon bekannten Formeln paßte [80]), so war eben jene Form durchaus geeignet, demselben durch eine neue, den concreten Thatsachen dieses Falls angepaßte Formula, eine in factum actio in diesem Sinne, abzuhelfen. Auch dabei schuf er entweder einen ganz neuen Rechtssatz, oder erweiterte nur ein schon bekanntes Institut des Civilrechts oder seines eigenen Edicts [81]). In diesem Fall wird die Klage auch utilis actio

ERIT QUADRUPLUM *rel.* Keller Civilpr. Note 920. Etwas anders Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. XII. S. 156. folg. Rechtsg. II. S. 170.

78) *Dig.* 5, 5. *de possessoria hereditatis petitione.* Insbesondre *L.2. Gaius ad edictum provinciale*, die früheste Erwähnung; doch ist die Klage wohl älter als die in Note 79 erwähnte.

79) *Dig.* 5, 6. *de fideicommissaria hereditatis petitione. L.2.* Das Senatusconsult ist vom J. 62 n. Chr. unter Nero.

80) Papinian in *L.1. pr. D. de praescr. verb.* (19, 5) bezeichnet diesen Fall in einer andern Verbindung durch: cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus *rel.* Vgl. Note 81.

81) *L.11. D. de praescr. verbis* (19,5). *Pompon.* Quia actionum non plenus numerus esset, ideoque plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet Praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia, reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae: idque utilitas eius legis exigit. In diesem Sinne setzt

genannt, ohne daß jedoch die Formel ihre Beziehung auf die actio directa, wie bei den actiones ficticiae ausdrückte[82]). So heißt die actio legis Aquiliae in ihrer folgerichtigen Ausdehnung auf Fälle, wo eine fremde Sache zwar nicht durch directe körperliche Einwirkung (corpore) oder nicht durch Verletzung ihres Körpers (corpus laesum) zerstört oder beschädigt, aber doch in gleicher Weise für den Eigenthümer entwerthet ist, bald actio legis Aquiliae utilis, bald actio in factum[83]). Ebenso gab der Prätor die actio doli, die ursprünglich nur für Beschädigung durch Betrug bestimmt war, nach dem weitern Begriff von dolus, auch wenn sonst mit böser Absicht indirect Schaden zugefügt worden und es an einer andern Contracts- oder Delictsklage fehlte[84]); war dagegen in gutem Glauben oder aus Mitleid gehandelt, statt dessen eine in factum actio[85]). Doch ist zu bemerken, daß diese beiden Schadensklagen nicht wie die actio legis Aquiliae utilis auf Ein allgemeines Princip zurückgeführt werden können, sondern

Ulpian *L. 42. § 1. D. de obl. et act.* (44, 7) der actio civilis und honoraria, d. h. den im Edict verzeichneten Formeln, die in factum actio entgegen. Ein besonders merkwürdiger Fall der Ausdehnung einer prätorischen Klage ist der der utilis Serviana, bei der die Beziehung auf die actio directa so gänzlich verschwand, daß sie selbst actio Serviana, endlich hypothecaria genannt wird.

82) Daher utilis in factum actio. *L. 26. § 3. D. de pact. dol.* (23, 4). *L. 7. § 1. D. de religiosis* (11, 7).

83) S. Note 81. *L. 33. § 1. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). *L. 51. D. de furtis* (47, 2), vgl. mit *L. 53. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). *§ 16. I. de leg. Aquil.* (4, 3), vgl. mit *L. 9. § 3. D. eod.* Ferner *L. 11. §§ 8. 10. L. 12. eod.*

84) *L. 5. § 3. L. 10. § 1. D. de pr. verbis* (19, 5). *L. 18. § 5. L. 31. L. 32. D. de dolo* (4, 2). Immer wurde sie in factum concipirt, d. h. den Umständen des einzelnen Falles angepaßt. Im ersten Fall der *L. 35. eod.* concurrirt sie mit der actio legis Aquiliae directa.

85) Auf Herausgabe der Bereicherung gegen den bonae fidei possessor. *L. 23. § 5. L. 52. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 3. § 14. L. 9. § 4. D. ad exhib.* (10, 4). *L. 48. pr. D. de leg.* 1. (30). *L. L. 63. D. de leg.* 2. (31). Lösung eines gefesselten fremden Sklaven aus Mitleid *L. 7. § 7. D. de dolo* (4, 3). Hier concurrirt die actio legis Aquiliae utilis; nur insofern irrt *§ 16. I. de lege Aquil.* (4, 3). Vgl. *L. 10. pr. D. quae in fraud. cred.* (42, 8). *L. 5. C. I. de revocandis his* (7, 75) u. A.

vom Prätor eben nur nach Umständen, wo es ihm billig dünkte, gewährt wurden.

Solche im einzelnen Fall erfundene und ihm angepaßte actiones in factum waren häufig ein erster Versuch und wurden, wenn das Bedürfniß sich als ein allgemeines bewährte, als stehende Formeln in das Edict aufgenommen. Diesen Entwicklungsgang können wir in Einem Verhältniß ziemlich bestimmt verfolgen. Der Sohn in väterlicher Gewalt (filiusfamilias) kann nach der Strenge des Rechts nie als Kläger auftreten, weil er nichts sein Eigen nennen kann, alles dem Vater erwirbt; dieser ist es, der das factische Interesse des Sohnes bei einem Contract oder Delict vertreten muß. Nun kamen viele Jünglinge und Männer, deren Väter in der Provinz lebten, um die Redner-, die Rechts- und andre Schulen zu besuchen, oder in öffentlichen Geschäften auf kürzere Zeit nach Rom, oder nahmen selbst als Senatoren daselbst ihr Domicil und wären während ihres Aufenthalts in der Hauptstadt so gut wie rechtlos gewesen, wenn der Prätor urbanus ihnen jede Klage versagt hätte. Er half diesem Bedürfniß (utilitas) zunächst im einzelnen Fall durch eine actio in factum concepta ab, die möglich war; denn daß der Haussohn z. B. Geld geliehen und daß die Rückzahlung ihm verweigert werde, daß er bestohlen oder beschädigt worden sei, konnte er behaupten, wenn auch kein sibi dare oder damnum decidere oportere [86]). Dieß war dann die Veranlassung, daß für einige besonders häufig vor-

86) *L. 17. D. de reb. cred.* (12, 1). *Ulp.* Cum filiusfamilias viaticum suum m u t u u m dederit, cum studiorum causa Romae ageret, responsum est a Scaevola, extraordinario (= utili) iudicio esse illi subveniendum. *L. 18. § 1. D. de iud.* (5, 1). *Ulp.* — si filiusfamilias legationis vel studiorum gratia aberit et vel f u r t u m vel d a m n u m i n i u r i a passus sit: posse eum utili iudicio agere. — si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae. Et finge Senatorem esse filiumfamilias, qui patrem habet in provincia: nonne augetur utilitas per dignitatem? d. h. durch das domicilium dignitatis *L. 11. D. de senator.* (1, 9). *L. 22. §§ 4—6. L 23. pr. D. ad mun.* (50, 1). Auch die actio mandati wird hier genannt; die actio dotis in *L. 8. pr. D. de procur.* (3, 3). *L. 22. § 10. D. sol. matr.* (24, 3).

kommende Fälle stehende diesem Zweck angepaßte Formeln in dem Edict aufgestellt wurden[87]). So für die actio iniuriarum[88]), das interdictum quod vi aut clam[89]) und die actiones depositi und commodati[90]). Hieraus ist es zu erklären, was Gaius berichtet, daß für diese beiden letzten Klagen zwei Formeln im Edict aufgestellt seien, eine in ius und eine andre in factum concepta[91]). Immerhin mochte auch in andren Fällen ein Kläger sich der letztern bedienen, denn im Erfolg standen sich beide gleich[92]); nur daß diese durch die Gefahr der plus petitio weniger vortheilhaft war[93]).

Die zweite Bedeutung von in factum (concepta) actio für eine den Umständen des einzelnen Falls angepaßte Klage kommt endlich auch bei einer Klasse von Civilklagen vor, was früher das Verständniß der ganzen Materie erschwerte, nach der

87) *L. 9. D. de obl. et act.* (44, 7). *Paul.* Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati: ut Iulianus putat, d. h. in dem abgeschlossenen Edict waren nur für diese Fälle Formeln aufgestellt. Für die querela inofficiosi bedurfte es keiner Formel. *L. 8. pr. L. 22. pr. § 1. D. de inoff.* (5, 2).

88) Edict in *L. 17. § 10. cf. §§ 11—13. 19—23. D. de iniuriis* (47, 10). *L. 39. § 4. D. de procur.* (3, 3). Die gewöhnliche Demonstratio der actio iniuriarum bot dazu die Handhabe.

89) *L. 13. § 1. L. 19. D. quod vi* (43, 24).

90) *L. 9. cit.* Note 87. *L. 19. D. depositi* (16, 3).

91) *Gai.* IV. §§ 47. 60. Er konnte nur diese beiden nennen, weil die actio iniuriarum durch ihre Demonstratio in factum concipirt und quod vi aut clam ein Interdict ist. Auf die formula in factum concepta spielen an *L. 3. § 1. D. commodati* (13, 6). *L. 1. § 16. D. depositi* (16, 3). — In Bezug auf alle diese Fälle sagt Ulpian in *L. 13. D. de obl. et act.* (44, 7). In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere. Vgl. Savigny, Syst. V. S. 82. 84.

92) Huschke, Gaius S. 237 Note 13 behauptet, bei der actio depositi in factum concepta habe der Judex nicht auf Restitution arbitriren können, die Worte der Formel: EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE, bezögen sich (wie bei der actio constitutoria oben Note 64) auf die Zeit vor der Litiscontestation; und man habe sich dieser Formel bedient, wenn die Sache nicht mehr restituirt werden konnte, oder wenn der Kläger an der Restitution kein Interesse hatte. Allein zur Aufstellung dieser zweiten Formel waren dieß nicht hinreichende Motive; und weder Gaius noch die Pandekten deuten an, daß sie keine bonae fidei actio sei; diese aber, insofern sie auf Restitution ging, ermächtigte an sich den Judex zu arbitriren und im Fall der Contumacia den Kläger zum Eid zu lassen.

93) *Gai. cit.* § 60.

vollständigern Kenntniß der Formulae aber, die uns Gaius gebracht hat, sich sehr einfach erklärt. Der s. g. Innominat-Contract (do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des) befaßt zweiseitige Geschäfte der verschiedensten Art, deren Klagbarkeit auf einem Grundsatz des Civilrechts beruhte [94]). Als bonae fidei Contract [95]) begründete er eine intentio incerta: QUIDQUID DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, der sich die gewöhnliche Condemnatio anschloß [96]). In der Demonstratio mußte dann das der Klage zum Grunde liegende Rechtsgeschäft beschrieben werden. Nur für zwei der gewöhnlichsten Fälle hatte der Prätor in seinem Edict eine auch in diesem Theil ausgeführte Formula, vielleicht als Beispiel, verzeichnet, die actio aestimatoria und de permutatione [97]). In andern mußte bei der großen Mannichfaltigkeit derselben die Fassung der Demonstratio dem einzelnen Fall vorbehalten bleiben [98]), und da diese der Formel vorangeschrieben wurde, so nannte man die Klage praescriptis verbis in factum actio [99]), im Gegensatz der prätorischen, die in der Intentio in factum concipirt ist, auch praescriptis verbis schlechthin oder civilis in factum actio [100]).

94) *Dig.* 19, 5. *de praescriptis verbis et in factum actionibus. L.* 5. *§§ 1. 2. 3. L. 8. L. 16. § 1. D. h. t.*

95) *L. 2. § 2. D. de precario* (43, 26). *§ 28. I. de act.* (4, 6). Vgl. Note 97.

96) *L. 6. D. h. t.* civili intentione incerti. Sehr häufig civilis incerti actio oder ähnlich. *L. 6. L. 8. L. 9. L. 16. pr. D. h. t. L. 7. § 2. D. de pactis* (2, 14). *L. 23. D. comm. div.* (10, 3). *L. 28. D. de donat.* (39, 5). *L. 3. C. I. de permut.* (4, 64). *L. 9. L. 22. C. I. de donat.* (8, 54). In *L. 19. § 2. D. de precario* (43, 26) ist statt incerti condictio zu lesen actio. Savigny, System V. S. 98 Note o.

97) *Dig.* 19, 3. *de aestimatoria. L. 1. pr.* Actio de aestimato proponitur *rel.* Aestumatum dare bei *Plaut. Capt.* II. 2, 90. (340) ist nicht hierauf zu beziehen. *Dig.* 19, 4. *de permutatione.* Auch dieser Titel ist ohne Zweifel dem Edict entlehnt, das die Formel aufstellte. Daraus erklärt sich, daß *§ 28. I. de act.* (4, 6) nur diese beiden Klagen als actiones bonae fidei aufführt.

98) Papinian *L. 1. pr. D. h. t.* nennt sie deshalb in factum actiones schlechthin, welche cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, d. h. in Ermanglung einer benannten Contractsklage, zu deren Ergänzung dienen.

99) *L. 24. L. 13. § 1. L. 22. pr. D. h. t.*

100) *L. 1. §§ 1. 2. L. 5. § 2. D. h. t.*

Als eine gemeinsame Eigenthümlichkeit der meisten prätorischen Klagen nennt Gaius noch ihre Verjährung innerhalb eines Jahres (intra annum), während die Civilklagen von ewiger Dauer (perpetuae) seien, nimmt aber von jener Regel die dem Civilrecht nachgebildeten Klagen aus [101]). Principiell richtiger wird sie von andern juristischen Classikern auf die prätorischen Pönalklagen beschränkt, und für die ihrem Grunde nach reipersecutorischen geleugnet [102]); daher denn auch der auf rei persecutio gerichtete Theil der actio mixta noch alle Zeit eingeklagt werden kann [103]). Hieraus ist klar, daß das Motiv für den Prätor bei dieser Zeitbeschränkung nicht das allgemeine aller Verjährung war, vielmehr der Gedanke, der Verletzte habe die persönliche Verletzung verziehen, wenn er sie binnen Jahresfrist nicht verfolgt, zum Grunde lag [104]). Nur bei der actio furti manifesti machte er im öffentlichen Interesse eine Ausnahme [105]). Mit dem Amtsjahr des zeitigen Prätors hatte die Sache unmittelbar nichts zu thun [106]); denn das Jahr erstreckte

101 *Gai.* IV. §§ 110. 111. Auch die Ausnahme ist schief gedacht; denn die Klagen des bonorum possessor dauern nur insofern länger, als sie durch die Fiction ihre Natur nicht verändern; und für die actio furti manifesti giebt er selbst noch einen besondern Grund an, der aber auch nicht stichhaltig ist; sonst hätte auch die actio iniuriarum in einigen Fällen perpetuo gegeben werden müssen.

102) *L. 35. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). Beispiele für die Pönalklagen *L. un. §§ 3. 4. D. si mul. ventr. nom.* (25, 6). *L. 9. § 1. D. quod falso tutore* (27, 6). *L. 22. § 6. D. de lib. causa* (40, 12). *L. 9. § 8. L. 10. L. 11. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *L. 1. § 8. D. ne vis fiat* (43, 4). Für reipersecutorische *L. 21. § 5. D. rer. amot.* (24, 2). Dagegen ist *L. 3. § 4. D. nautae* (4, 8) vgl. mit *L. 7. § 2. eod.* auf den reipersecutorischen Theil dieser actio mixta zu beschränken.

103) *L. 28. D. de dolo* (4, 3). *L. 14. § 1. D. quod metus causa* (4, 2). *L. 2. § 13. D. vi bon. rapt.* (47, 8) u. A.

104) Auf dieß Motiv deutet *L. 17. § 6. D. de iniur.* (47, 10). *cf. L. 11. § 1. eod.*

105) Um dessen willen im alten Recht die poena capitis eintrat. *Gai. cit.*

106) Der Verfasser und Paraphrast von *pr. I. de perpet. et temp. act.* (4, 12) setzt sie damit in Verbindung; und eine Analogie möchte man allerdings annehmen, wie die Verjährungsfrist der auf den Census bezüglichen Klagen, der Präjudicialklagen, und der centumviralen querela inofficiosi (s. § 97 Note 16), nach Analogie des Lustrum auf fünf Jahre bestimmt ist.

sich ja regelmäßig als annus utilis vom Tage der Missethat bis in die Amtszeit des Nachfolgers hinein[107]).

Vergleichen wir schließlich noch diesen Gegensatz mit dem der freien und strengen Klagen (§ 94), so ergiebt sich aus dem Gesagten, daß der Prätor zwar in Berücksichtigung des aequum ius nicht hinter seiner Zeit zurückblieb, aber nicht, wie manche Neuere annehmen, sich in lauter Humanität und Billigkeit einhüllte, sondern auch das strenge Recht, wo es Noth that, walten ließ; und daß Cicero's Ausdruck omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, wodurch er alle Judicia zu erschöpfen meinte[108]), eine der juristischen Ungenauigkeiten ist, die ihm in „seiner Rede Zauberfluß" zu entschlüpfen pflegen.

---

4. Actiones praeiudiciales.

§ 97. Rechts- und Thatfragen, die nicht sowohl eine actio begründen, als für eine solche vorbereitend sind, wurden in der Zeit der Legis Actiones mittelst einer Sponsio zur Untersuchung und Entscheidung durch einen Geschwornen gebracht, insofern sie weder von dem Prätor selbst erledigt, noch in die Legis Actio aufgenommen werden konnten[1]). Auch in der Zeit des Formularprozesses hat sich diese Form erhalten, wurde aber allmählig durch eine andre einfachere ersetzt.

Die Formula selbst enthielt in der Intentio die Bezeichnung des Rechts oder der Thatsache, die den Grund der actio, den Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung durch den Judex und die Bedingung der Condemnatio bildet. Für jenen Zweck brauchte man nur diesen letztern Theil der Formula, die

107) Nach der Formel des Edicts: intra annum, oder in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit. *cf. Dig.* 44, 3. *de diversis temp. praescriptionibus.*

108) *Cic. pro Rosc. com.* 5.

1) So insbesondre Thatsachen, die im Formularprozeß eine exceptio begründen. S. oben § 38 Note 6. 7.

Condemnatio, wegzulassen, so blieb ihr 1) in den Worten IUDEX ESTO die Bestellung eines Geschwornen und seine Ermächtigung zu einem richterlichen Urtheil und 2) in der Intentio SI PARET die Angabe der Rechts- oder Thatfrage, deren Untersuchung und Entscheidung man wünschte. Eine solche Formel hieß formula praeiudicialis [2]), das Judicium ein praeiudicium, insofern dadurch ein zweites Judicium vorbereitet wird [3]). Eine actio im gewöhnlichen Sinn des Worts war es nicht [4]), weil ihr ein wesentliches Stück derselben, die Condemnatio, fehlte; aber insofern formula und actio synonym sind, konnte das Präjudicium actio genannt und von actiones praeiudiciales gesprochen werden [5]), zumal, wie wir gleich sehen werden, dieselbe Form auch auf Fälle eines selbständigen und in sich abgeschlossenen Rechtsstreits angewandt wurde.

Die Fälle des eigentlichen Präjudicium, d. h. der vorbereitenden Entscheidung einer Rechts- oder Thatfrage, waren sehr mannichfaltig [6]), und theils durch Gesetz, theils von dem Prätor durch Aufstellung einer allgemeinen Formel, oder durch Gewährung derselben im einzelnen Fall bedingt. Die wenigen, von denen wir Bericht haben, sind:

1) Das Präjudicium der lex Pompeia de sponsoribus vom J. 666 d. St., wodurch auf Antrag eines Sponsor oder

2) *Gai.* IV. § 44. — certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis *rel.* Vgl. für die ganze Lehre die hübsche Dissertation von *Oscar Buelow*, *de praeiudicialibus formulis. Vratisl.* 1859. 8. Keller, Civilpr. § 38. Rudorff, Rechtsg. II. § 34. Böcking, Instit. § 38.

3) *Cic. Div. in Caec.* 4. non praeiudicium, sed plane iudicium iam factum putatur. *Pseudo-Ascon.* § 12. *Or. p.* 104. *Theophil. ad § 13. I. de act.* (4, 6). Praeiudicium *δέ ἐστι τύπος ἀπὸ ἰντεντίωνος μόνης συγκείμενος, οὐδὲ γὲ ἔχει κατadίκην ἐν ἑαυτῇ.* *cf. Gai. cit.* Note 2.

4) *L. 3*. *§ 2. D. de procur.* (3, 3). *Ulp.* non solum si actio postuletur —, sed et praeiudicium vel interdictum vel si stipulatio *rel.*

5) *L. 37. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). *Ulp.* Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praeiudicium, — stipulationes — interdicta. *§ 13. I. de act.* (4, 6). Praeiudiciales actiones in rem esse videntur. *cf. § 1. eod.*

6) *Gai. cit.* Note 2, nachdem er zwei Beispiele angeführt: et aliae complures.

Fidepromissor binnen dreißig Tagen nach bestellter Bürgschaft untersucht wird, ob ihm nach Vorschrift des Gesetzes vom Gläubiger der Gegenstand der Bürgschaft und die Zahl seiner Mitbürgen bestimmt vorausgesagt (praedictum) sei. Fällt das Urtheil negativ aus, so ist der Bürge liberirt, d. h. gegen jeden künftigen Anspruch des Schuldners geschützt [7]), und dieß eben ist der Zweck der Vorschrift.

2) Die Frage, ob der Concursprozeß gegen einen Schuldner nach Vorschrift des Edicts, also auch mit seinen rechtlichen Folgen, Infamia, Verpflichtung zur Satisdation bei jeder spätern Klage u. s. w. eingeleitet worden, wurde noch zu Cicero's Zeit mittelst einer Sponsion zur Verhandlung gebracht [8]). Nach einem Rescript M. Aurels wird dafür ein Präjudicium gegeben [9]).

3) Um dieselbe Zeit erwähnt Gaius das Präjudicium QUANTA DOS SIT [10]), welches nicht auf die bei Auflösung der Ehe durch den Arbiter rei uxoriae nach festen Rechtsgrundsätzen zu bestimmende Rückgabe der Dos, sondern auf das Maaß der vom Vater der Frau unbestimmt bestellten promissio dotis zu beziehen ist, wobei Umstände, insbesondere die Vermögenslage des Vaters und der Stand des Mannes in Betracht kommen, die in der actio ex stipulatu keine Berücksichtigung finden konnten [11]).

4) Dunkel ist der von Paulus erwähnte Fall, wo in Bezug auf die hereditatis petitio durch ein Präjudicium ent-

7) *Gai.* III. § 123. Huschke, Gaius S. 90. Aus diesen und ähnlichen Fällen erklärt sich, wie die praeiudicia mit Exceptionen und Präscriptionen zusammengestellt werden konnten. *Dig.* 44, 1. de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis.

8) *Cic. pro Quinctio*, besonders c. 8. 10. 27.

9) *L. 30. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *Papir. Iustus.* Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, eos, qui negant bona sua iure venisse, praeiudicio experiri debere.

10) *Gai. cit.* Note 2. qualis est, qua quaeritur, — quanta dos sit.

11) *L. 69. § 4. D. de iure dot.* (13, 3). *L. 3. C. l. de promiss. dotis* (5, 4).

schieden werden soll, ob der Streitgegenstand mehr als hunderttausend Sesterzen beträgt [12]).

In allen diesen Fällen, wo beide streitende Theile nicht in Bezug auf einen Anspruch, sondern nur mit entgegengesetzten Behauptungen sich gegenüberstehen, kann eigentlich von Kläger und Beklagten nicht die Rede sein. Doch wird die Rolle des Klägers, d. h. die Beweislast, dem auferlegt, der auf das Präjudicium provocirt, also auch seine Behauptung in der Intentio formulirt hat [13]).

Die wichtigste Bedeutung erhielt aber die formula praeiudicialis durch ihre Anwendung auf Standes- und Familienverhältnisse, wofür das späteste Recht den Ausdruck praeiudiciales actiones selbst ausschließlich gebraucht [14]). Parallel dieser neuen prozessualischen Behandlung ging eine Entwicklung der Rechtsanschauung von den Verhältnissen selbst.

In der ältesten Zeit wird die Stellung des Einzelnen zu der Familie und der Gens, der er angehört, ja zu der Gemeinde und dem Staat überwiegend als ein Recht der Person (ius) betrachtet, das er durch eine Legis Actio nicht bloß gegen eine andere, zunächst davon berührte Person, sondern gegen Alle geltend machen kann. So vindicirt der Herr seinen Sklaven, der Vater seinen Sohn von jedem Dritten, und nur gelegentlich hierbei kann es zur Entscheidung kommen, ob dieser nicht vielmehr ein freier Mensch oder der Sohn eines Andern ist. Ja das Recht des Agnaten und Gentilen und selbst das römische Bürgerrecht wird durch eine sacramenti actio in rem vor den Centumvirn oder Decemvirn verfolgt; vor diesen Volksgerichten, wie das quiritarische Eigenthum, wegen ihrer publi-

12) *Paul.* V. 9. § 1. Die verschiedenen Erklärungsversuche s. bei *Buelow cit. p.* 15. *sqq.*

13) *L. 12. D. de except.* (44, 1). *Ulp.* Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit.

14) *L 13. I. de act.* (4, 6). Praeiudiciales actiones, — per quas quaeritur, an aliquis liber vel libertus sit, vel de partu agnoscendo. *Thalel. ad L. 21. C. de lib. causa* (in *Theophil. ed. Reitz ad § 13. I. de act.*) *πάντες οἱ περὶ τύχης ἀγῶνες* praeiudicia *καλοῦνται.*

cistischen Bedeutung und ihrer Beziehung auf den Census. So auch noch nach der Lex Aebutia [15]) und bis zum Ende der Republik [16]). Mit der veränderten Bestimmung, die August den genannten Behörden gab, indem er die Competenz der Centumvirn auf Eigenthums- und Erbschaftsprozesse, also reine Privatsachen beschränkte und den Decemvirn alle selbständige Judicatur entzog [17]), wird in der für jene andern Vindicationen getroffenen neuen Einrichtung die veränderte Rechtsanschauung sichtbar. Nach dieser tritt an die Stelle des streitigen Rechts (ius) die Rechtsfähigkeit oder der Stand der Person (status), der theils durch ihr Verhältniß zum Staat, theils durch häusliche und Familiengewalten bedingt ist [18]).

15) Die Intentio der Legis Actio sacramento in Anwendung auf den status libertatis, civitatis und familiae erscheint in der Nachbildung bei *Terent. Eunuch.* IV. 7, 35. *sqq.* C. Principio eam esse dico liberam. Thr. hem. C. civem Atticam. Thr. hui. C. meam sororem. Thr. os durum.

16) *Cic. de or.* I. 38. iactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, — testamentorum ruptorum aliarumque rerum innumerabilium iura versentur; cum omnino, quid suum, quid alienum, quare denique civis an peregrinus, servus an liber quispiam sit, ignoret *rel.* rechnet Beide, Eigenthums- und Standesklagen, zu den Centumviralsachen (vgl. oben § 41 Note 24, § 92 Note 50. 51), ohne eine verschiedene Behandlungsweise anzudeuten. Da er aber an einem andern Ort *pro Caec.* 33. *cf. de domo* 29. bezeugt, daß die Decemvirn über Civität und Freiheit richteten, so möchte man annehmen, daß die status quaestiones, gewissermaßen als praeiudicia. von diesen Vorständen des Centumviralgerichts, Eigenthums- und Erbschaftssachen von der Gesammtheit abgeurtheilt worden seien. — Für diesen Zusammenhang spricht auch die der querela inofficiosi (s. § 23 Note 15) und den status quaestiones (s. unten Note 64) gemeinsame Verjährungszeit von fünf Jahren. Das Lustrum, also ein zweimaliger Census sollte allen diesen Fragen ein Ende machen, während freilich schon die einmalige Aufführung eines Sklaven mit dem Willen seines Herrn ihm Freiheit und römisches Bürgerrecht verlieh.

17) S. § 64.

18) Ueber status und, was gleichbedeutend ist, condicio personae s. Savigny, System II. Beil. VI, dem ich nur darin nicht beistimme, daß der Begriff status, Stand, durch Privatrechtsfähigkeit nicht erschöpft wird, daß also auch der status familiae eine andre, dem öffentlichen Recht zugewandte Seite hat, die nach Niebuhr's Bemerkung im Census hervortritt, in der Kaiserzeit freilich allmählig ihre Bedeutung verliert. Deshalb gehört z. B. die Vestalin auch ferner der gens Cornelia und der Familie der Scipionen an, erlei-

Rein publicistisch bedingt ist der status civitatis eines Freigebornen, wonach er entweder Mitglied der römischen Volksgemeinde (civis Romanus) oder nur einer Rom verbündeten Civitas (peregrinus) ist. Diese Frage wurde daher aus dem Kreise der Civilrechtsstreitigkeiten völlig ausgeschieden und zur administrativen Entscheidung beim Census gestellt [19]).

Wo eine häusliche und Familiengewalt in Betracht kommt, wird dagegen auch ferner ein Rechtsstreit zugelassen; aber nicht in Form einer Vindication der Potestas des Herrn über seinen Sklaven und ihres Ueberbleibsels nach der Freilassung, des Patronats, oder der patria Potestas über das Kind und des Agnationsrechts nach dem Tode des Vaters, sondern als ein Streit über den dadurch bedingten Stand der Person (status controversia) [20]) und in der Form eines Präjudiciums, mochte nun bei Vorbereitung einer andern Klage auf separate Entscheidung dieser sie bedingenden Vorfrage provocirt, oder deshalb ein selbständiger Prozeß angestrengt werden [21]).

Da auch der Stand ein absolutes Recht der Person ist, das jeder Dritte anerkennen muß, so ist die Formel, wodurch jenes Präjudicium angeordnet wird (actio praeiudicialis), allgemein (in rem) gefaßt [22]). Indeß setzt jeder Rechtsstreit in der Person des Klägers und des Beklagten ein Interesse

det also keine status permutatio oder capitis deminutio, obgleich sie von allen Privatfamilienbanden, patria potestas, legitima tutela, Erbrecht u. s. w. gelöst ist. Vgl. Böcking, Instit. §§ 16. 19. 20.

19) Vgl. § 81 Note 54. Ohne Zweifel durch August, der ja Beides, das Gerichtswesen, namentlich die Stellung der Decemvirn, und den Census neu ordnete.

20) S. Note 29. 60. 80. Aus dieser Anschauung und Behandlung erklärt sich, warum Gaius in seinem Institutionensystem die Familiengewalten, die Potestas des Herrn und des Vaters, Manus, Mancipium, Tutel (vis ac potestas in capite libero nach Serv. Sulpicius in *L. 1. p. D. de tutel.* 26, 1), Agnation und Patronat, nicht selbständig, sondern nur als Bedingung des ius personarum, der condicio hominum oder des status behandelt. Vgl. Savigny, System I. S. 349—356.

21) *L. 13. C. I. de lib. causa* (7, 16). principaliter. *L. 6. D. si ingenuus esse dicetur* (40, 14) sive nulla causa intervenerit.

22) *§ 13. I. de act.* (4, 6). *Theophil. h. t.* Daher auch vindicatio genannt. *L. 3. pr. L. 32. D. de lib. causa* (40, 12). *L. 3. D. ne de statu defunctor.* (40, 15) und sonst. *cf. Gai.* IV. § 5.

voraus [23]), und es entsteht daher die Frage, worin dieses in der Person dessen, der einem Andern seinen Status bestreitet, bestehen müsse. In dieser Hinsicht wird folgender beachtenswerthe Unterschied gemacht. Bei dem Streit um Freiheit und Ingenuität, die ein wichtiges öffentliches Interesse, die Reinhaltung des Volks, insbesondre der höhern Stände von sklavischen Elementen berühren, wird, um die Möglichkeit der Collusion in engere Grenzen einzuschließen, nur der Hauptinteressent, der Herr oder der Patron, als Gegner (iustus contradictor) zugelassen [24]) und jedem Dritten gestattet, das Urtheil wegen Collusion binnen fünf Jahren anzufechten [25]). Dagegen ist der Streit um den status familiae, der jetzt für reine Privatsache gilt, nicht bloß mit dem Vater, von dessen Potestas er hauptsächlich abhängt, sondern auch mit jedem Dritten, der irgendwie dabei interessirt ist, möglich [26]).

Allen diesen Präjudicien ist es gemein, daß jeder der beiden streitenden Theile als Kläger auftreten kann, daher auch regelmäßig zwei Formulae mit entgegengesetztem Inhalt dafür aufgestellt sind; ferner daß derjenige wirklich Kläger ist und den Hauptbeweis führen muß, der seine Behauptung zur Intentio der gewählten Formula gemacht hat [27]). Ob er aber durch sein Interesse zur Uebernahme dieser schwierigeren Rolle genöthigt

23) S. oben § 86 Note 15.

24) *L. 1. C. l. de ingen. man.* (7, 14). *Alex.* — si tamen iustum contradictorem habes, id est eum, qui se patronum tuum esse dicit. *L. 4. C. l. de ord. cogn.* (7, 9). *Gord.* — quasi servum non proprium, sed alienum, liberale quidem iudicium cessat. *cf. L. 27. § 2. D. de lib. caus.* (40, 12). *L. 3. D. de coll. deleg.* (40, 16). *Callistr. de cognitionibus.* Cum non iusto contradictore (= *sine iusto contradictore*) quis ingenuus pronuntiatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla iudicata res intervenisset. Von Collusion oder dem Grundsatz, daß das gegen einen iustus contradictor gesprochene, also an sich gültige Urtheil einen Dritten, der auch als solcher auftritt, nicht binde, ist in dieser Stelle nicht die Rede. Anders *Buelow cit. p.* 45.

25) *Dig.* 40, 16. *de collusione detegenda. L. 1. Gai.* Ne quorundam dominorum erga servos nimia indulgentia inquinaret amplissimum ordinem *rel.*

26) Vgl. Note 96.

27) Für das Erste s. *L. 6. D. si ingen.* (40, 14). — alterutro desiderante. Für das Zweite *L. 12. D. de except.* (44, 1) in Note 13.

sei, hängt, wie wir gleich sehen werden, von der factischen Sachlage ab. Endlich ist auch der wirkliche Beklagte wie in einem iudicium duplex insofern zugleich Kläger, als er den Beweis seiner Behauptung übernehmen und deren positive Anerkennung durch das Urtheil erlangen kann[28]).

1) Der Streit um Freiheit oder Sklaverei (controversia de libertate[29]), liberalis causa)[30]) wurde in ältester und noch zu Cicero's Zeit als Contravindicatio gegen die Vindication des angeblichen Herrn durch die sacramenti actio zur Entscheidung der Decemvirn[31]) oder durch eine Sponsio vor Einen Judex gebracht[32]). Als August diese Standesfrage (status quaestio) durch die Lex Julia den Decemvirn entzog, scheint er sie einem Präjudicium überwiesen zu haben, für das der Prätor in seinem Edict die nöthigen Klagformeln aufstellte[33]). Wenigstens werden diese ausdrücklich als aus dem Civilrecht stammend bezeichnet[34]). Die Entscheidung haben Recuperatoren[35]) oder Ein Judex[36]).

Wer von beiden Theilen als Kläger mit der für ihn bestimmten Formula auftreten und den Hauptbeweis übernehmen muß, wenn er anders in den Genuß des behaupteten Rechts

28) *L. 39. § 5. D. de procur.* (3, 3). — ex utroque latere quasi actor.

29) *Gai.* IV. § 14. de libertate hominis controversia. Für status controversia s. *L. 8. pr. L. 27. § 1. D. de lib. causa* (40, 12). *Paul.* V. 1. § 50. *LL. 1. 4. 5. 7. C. I. de ord. cogn.* (7, 19). de condicione personae. *L. 1. pr. D. de lib. causa* (40, 12).

30) So schon die Legis Actio. *Plaut. Poen.* IV. 2, 84. V. 2, 4. 142. Im prätorischen Edict *Rubr. Paul.* V. 1. *Dig.* 40, 12. *Cod. Iust.* 7, 16. de liberali causa. *Inscr. LL. 2. 4. 6. 9. 13. 25. D. h. t. L. 1. D. de coll. deteg.* (7, 16). *Gaius lib.* 2. *ad edictum Praetoris urbani titulo* de liberali causa. *Inscr. L. 33. L. 41. eod. Paul.* lib. sing. [*de conceptione formularum*] articul. de liberali causa. Auch liberale iudicium *L. 10. L. 12. § 5. h. t. Paul.* V. 1. § 10.

31) Vgl. oben § 41, 3). *Decl. de domo* 29.

32) *Plaut. Rudens* III. 4, 7. (712).

33) *L. 21. C. I. h. t.*

34) *§ 13. I. de act.* (4, 6). *Theophil. h. t.* Es erklärt sich dieß freilich auch daraus, daß die liberalis causa aus dem alten Civilrecht stammte, also insofern eine legitima actio war.

35) *Sueton. Domit.* 8. *L. 36. L. 38. D. de re iud.* (42, 1).

36) *L. 8. §§ 1. 2. L. 9. pr. D. h. t.* Wann das Eine oder andre, wissen wir nicht.

treten will, hängt von dem Besitzstande ab. Befindet sich der Mensch, von dem die Rede ist, sine dolo malo im factischen Zustande der Freiheit, — und darüber wurde vom Prätor bei der Instruction entschieden[37]) — so tritt derjenige, der als Eigenthümer oder als Inhaber sonst eines dinglichen Rechts sein Herr zu sein behauptet[38]), als Kläger auf mit der Formula:

SI PARET L. TITIUM SERVUM AULI AGERII ESSE

und übernimmt damit den Beweis eben dieses Satzes[39]). Befindet sich jener Mensch im Zustande der Sklaverei und im Besitz dieses vorgeblichen Herrn, so mußte er klagen mit der Formula:

SI PARET L. TITIUM LIBERUM ESSE[40])

und den Beweis seiner Freiheit führen[41]). In beiden Fällen bedurfte er aber der Vertretung durch einen Adsertor, weil er als möglicher Sklave persönlich vor Gericht nicht auftreten kann[42]). Die Rolle desselben können seine nächsten Angehö-

37) *LL. 10—12. L. 41. pr. D. h. t. L. 21. C. eod.*

38) Miteigenthum, Usufructus, Pfandrecht u. s. w., wo für die mehreren Berechtigten möglichst Ein Iudicium angeordnet wird, um widersprechende Urtheile zu verhüten. *L. 8. L. 9. L. 12. § 5. L. 30. D. h. t.*

39) *L. 7. § 5. L. 8. § 1. D. h. t. L. 14. D. de prob.* (23, 3). Von der formula petitoria unterschied sie sich schon durch die Intentio, die bei dieser lautete: SI PARET HOMINEM EX IURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE; sodann dadurch, daß sie als formula praeiudicialis keine Condemnatio hatte. *cf. L. 36. D. h. t.*

40) *Theophil.* IV. 6. § 13. *δύναται γὰρ ὁ ἀναφωνῶν εἰς ἐλευθερίαν* (qui in libertatem proclamat) *κινεῖν λέγων· εἰ φαίνεται μὲ ἐλεύθερον εἶναι, καὶ οὐκ ἔτι ἐπάγειν· καταδίκασον ὦ δικαστά.* In die einem alten Juristen entlehnte Formel, die Theophilus am Ende des § noch einmal wiederholt, ist *μὲ* statt des Namens nach *L. 1. C. I. de adsert. toll.* (7, 17) gedankenlos eingefügt. Bei *Gai.* IV. § 44. möchte ich lesen: [an] aliquis [liber vel] libertus sit; denn warum er den ersten Fall übergangen haben sollte, ist nicht abzusehen. Bemerkenswerth ist, daß die Formel nicht nur keine Condemnatio, sondern auch keinen Befehl zur pronuntiatio enthielt. Vgl. oben § 71 Note 53.

41) *L. 7. § 5. D. h. t. L. 14. D. de prob.* (13, 3).

42) *Theophil.* IV. 10. *pr. Paul.* V. 1. § 10. *L. 1. C. I. de adsertione tollenda* (7, 17). Von dem Adsertor wird noch der Ausdruck in libertatem vindicare gebraucht *L. 3. pr. h. t.*, von dem Menschen selbst der unbestimmtere in libertatem proclamare. *L. 7. pr. §§ 1—4. L. 12. § 6. D. h. t. Dig.* 40, 13. *quibus ad libertatem proclamare non licet.* Das interdictum populare de libero homine exhibendo, das ursprünglich zur Vorbereitung der liberalis causa diente (vgl. § 41 Note

rigen, um ihres mittelbaren Interesses willen, selbst gegen seinen Willen, übernehmen[43]). Desgleichen wird er allemal nach Vorschrift der Zwölf Tafeln während des Prozesses gegen Caution im factischen Zustand der Freiheit geschützt[44]).

Durch beide Formeln wird dasselbe Präjudicium, dessen Hauptgegenstand die Standesfrage ist, eingeleitet. Daher der Ausgang nicht bloß von dem Beweise der einen oder andern Intentio, sondern überhaupt von dem Resultate der Untersuchung abhängt, Beide, wie in einem iudicium duplex, insofern als Kläger auftreten, als sie den Beweis ihrer Behauptung übernehmen können und, wenn dieser ihnen gelingt, ein positives Urtheil für sich erlangen. Auch im erstern Fall kann deshalb der Beklagte freiwillig den Beweis seiner Freiheit unternehmen[45]); und wenn dieser ihm gelingt, so lautet das Urtheil ebenso, als wenn er als Kläger obgesiegt hätte, nehmlich:

L. TITIUM LIBERUM VIDERI.

Umgekehrt muß er in dem einen und andern Fall, wenn der Richter die Ueberzeugung gewonnen hat, daß er der Sklave seines Gegners sei, diesem durch das Urtheil

L. TITIUM SERVUM AULI AGERII VIDERI,

zugesprochen werden[46]). Bei unvollständigem Beweise von der einen und andern Seite kann es nur lauten:

L. TITIUM SERVUM AULI AGERII NON VIDERI,

womit über den Stand des Menschen nichts entschieden ist[47]).

Die Wirkung des dem Herrn günstigen Urtheils ist, daß dieser seinen Sklaven unter obrigkeitlichem Schutz abführen

11), wird jetzt durch dieselbe ausgeschlossen. *L. 3. § 7. D. de hom. lib. exhib.* (43, 29).

43) *LL. 1—6. D. h. t.* Daß überhaupt der Adsertor formell suo nomine auftritt, zeigt sich darin, daß er einen Procurator bestellen kann. *L. 39. § 5. D. de procur.* (3, 3). *cf. L. 8. § 2. D. ratam rem hab.* (46, 8).

44) *L. 24. L. 25. § 2. D. h. t. L. 14. C. I. eod.* Für die Caution des Adsertor s. das anmuthige Epigramm von *Martial.* I. 53, 5.

45) *L. 39. pr. h. t. L. 14. D. D. de prob.* (22, 3).

46) *L. 24. § 4. L. 30. h. t.* liber oder servus iudicatus. *cf. L. 27. § 1. eod.* pronuntient, ingenuum videri.

47) *Arg. L. 27. § 1. D. h. t.*

kann [48]). Doch wird, im Widerspruch mit den allgemeinen Grundsätzen über die Rechtskraft richterlicher Urtheile (res iudicatae), zu Gunsten der Freiheit jeder Zeit eine Erneuerung der Standesfrage (adsertio secunda, tertia u. s. w.) zugelassen [49]). Dahingegen kann das der Freiheit günstige Urtheil nach dem allgemeinen Grundsatz von demselben Gegner nur aus einem neuen Rechtsgrunde [50]), von einem Dritten aber, der an dem Prozeß keinen Theil genommen und ebenfalls als iustus contradictor auftritt, uneingeschränkt angefochten werden [51]). Nur in Bezug auf Rechtsverhältnisse, die ihrer Natur nach von der Standesfrage abhängen, sind auch Dritte, die überdieß sie selbständig zur Sprache zu bringen nicht befugt waren, das für oder gegen die Freiheit gesprochene Urtheil anzuerkennen verpflichtet [52]). Endlich kann nach positiver Vorschrift eines Senatusconsultes unter Domitian im öffentlichen Interesse jeder Dritte das Urtheil wegen Collusion binnen fünf Jahren anfechten und erlangt, wenn er obsiegt, zur Belohnung das Eigenthum des Sklaven [53]).

48) *L. 36. D. h. t. Ulp.* Dominus, qui obtinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogitur. Nur wenn gegen zwei separatim klagende Miteigenthümer widersprechende Urtheile ergangen sind, muß der Obsiegende sich mit dem boni viri arbitratu zu bestimmenden Geldwerth des Sklaven begnügen. *L. 30. D. eod.*

49) *Decl. de domo* 29. quotiescunque vellet. *Martial. cit.* terque quaterque *Quintil.* V. 2 XI. 1, 78 secunda assertio. *L. 1. pr. C. I. de ass. toll.* (7, 17). *Iustin.* secunda et tertia vice. Nachdem Justinian dieß aufgehoben, läßt *L. 25. § 1. D. h. t.* die erneute Klage nur aus einem neuen Rechtsgrunde zu.

50) *L. 24. D. de dolo malo* (4, 3). *L. 4. L. 27. C. I. h. t. L. 42. D. eod.*

51) *L. 9. pr. §§ 1. 2. L. 42. D. h. t.*

52) Für actiones noxales *L. 24. § 24. D. h. t. cf. L. 1. § 21. D. de vi* (43, 16). *L. 3. C. I. de ord. cogn.* (7, 19), für andre Schuldklagen *L. 5. C. I. eod.*, für den Stand der Kinder *L. 42. C. I. h. t. L. 7. C. I. ne de statu defunctor.* (7, 21). *L. 23. § 2. D. h. t.* Im Allgemeinen vgl. *L. 25. D. de statu hom.* (1, 5) und unten § 111. Man könnte dagegen *L. 1. §§ 5. 6. L. 6. § 3. L. 7. § 3. D. de Carb. ed.* (37, 10) anführen wollen, wonach das praeiudicium de libertate auch von Dritten in Bezug auf Erbansprüche angeregt werden könne. Allein da die Nothwendigkeit des iustus contradictor feststeht, so muß vorausgesetzt werden, daß von einem solchen hier die Rede ist.

53) *L. 1. D. de collus. deteg.*

Als Nebenfolge des liberale Judicium ist zu erwähnen, daß der für frei erklärte Mensch, nach Vorschrift eines andern Senatusconsults, von Sachen nur mitnehmen soll, was er dem vermeintlichen Herrn zugebracht hat[54]), und zum Ersatz jedes Schadens, den er diesem zugefügt, vor demselben Richter mittelst einer in factum actio angehalten wird[55]). Dagegen kann er diesen seinen Gegner wegen Dolus iniuriarum belangen[56]) oder auf Bestrafung seiner Calumnia antragen[57]).

2) Ein Rechtsstreit über den Stand des Freigebornen (de ingenuitate) oder Freigelassenen (de libertinitate)[58]) mit dem angeblichen Patron[59]) kannte das alte Civilrecht nicht. Ohne Zweifel wurde dieser nur imperio magistratus in der Ausübung seiner Rechte geschützt[60]). Erst der Prätor war es, der, wenn der Patron von seinem Freigelassenen Dienste oder Gehorsam forderte, oder von diesem mit einer actio famosa belangt oder sonst ohne seine Erlaubniß in ius vocirt wurde, oder auch ohne einen solchen Anlaß, für die von der einen oder andern Seite angeregte Standesfrage (status controversia)[61]) in seinem Edict[62]) ein Präjudicium verhieß[63]). Die Verjährungszeit beträgt auch hier nach Analogie

(40, 16). *L. 29. § 1. D. de lib. causa* (40, 12). Derselbe Kaiser warnte durch ein Edict die Recuperatoren vor assertiones perfusoriae. *Sueton. Domit.* 8.

54) *L. 32. D. h. t.*

55) *L. 12. § 6. L. 13. L. 41. § 1. D. h. t.*

56) *L. 26. D. h. t.*

57) *L. 39. § 1. D. h. t.*

58) *L. 14. D. de prob.* (22, 3).

59) *L. 1. C. I. de ing. man.* (7, 14).

60) Wie auch später wieder *L. 9. § 3. D. de off. Procons.* (1, 16). *L. 1. § 10. D. de off. Praef. urbi* (1, 12).

61) *L. 1. § 3. D. ne de statu def.* (40, 15).

62) *§ 13. I. de act.* (4, 6). *Theophil. h. l.* erklären diese actio praeiudicialis für eine prätorische.

63) *Dig.* 40, 14. *si ingenuus esse dicetur. Cod. Iust.* 7, 14. *de ingenuis manumissis. L. 6. D. h. t.* — sive operae petantur sive obsequium desideretur. — sive nulla causa interveniat, redditur praeiudicium; — alterutro desiderante *L. 8. § 1. D. de in ius voc.* (2, 4). *L. 5. § 18. D. de agn. lib.* (25, 3). Das von *Gai.* IV. § 162. und *Paul. L. 2. § 1. D. de interd.* (43, 1) erwähnte interdictum de liberto exhibendo, cui patronus operas indicere vellet, ist nicht das int. de homine libero exhibendo (officii tuendi causa), sondern

des Census fünf Jahre, von der angefochtenen Freilassung an gerechnet [64]). Die Entscheidung konnte, wir wissen nicht in welchen Fällen, Recuperatoren überwiesen werden [65]).

Jeder von beiden Theilen kann als Kläger auftreten und übernimmt damit die Beweislast. Durch sein Interesse ist aber dazu der Patron veranlaßt, wenn er auf sein Patronat Ansprüche gründet, sollte er sich auch im Besitz befinden [66]); der Andre, wenn er factisch im Zustand eines Freigelassenen lebt [67]). Dieser bedient sich dann der Formel:

SI PARET L. TITIUM INGENUUM ESSE [68]);

Jener klagt:

SI PARET L. TITIUM LIBERTUM AULI AGERII ESSE [69]),

welche Formel auch dann gegeben wird, wenn der Beklagte zwar nicht freie Geburt behauptet, aber dieses Patrons Freigelassener zu sein leugnet [70]). Eines Vertreters (adsertor) bedarf derselbe nicht [71]).

Der Erfolg richtet sich gleichfalls nicht sowohl nach der gebrauchten Formula, als nach der Ueberzeugung des Richters; so daß auch im zweiten Fall, wenn der Beklagte den Beweis seiner freien Geburt unternommen und geführt hat, diese aus-

dem interdictum de liberis exhibendis verwandt, mit dem es Paulus als iuris sui tuendi causa zusammenstellt.

64) *L. 2. §§ 1. 2. L. 4. D. h. t.* Ebenso für die Anfechtung wegen Collusion Note 53 und 77 und für die Verjährung nach dem Tode. *Dig.* 40, 15. *ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.*

65) Daß nach *Sueton. Vesp.* 3. die Gemahlin des Vespasian equitis Romani — delicata olim Latinaeque conditionis, auf Betreiben ihres Vaters, eines Scriba quästorius, in einem recuperatorium iudicium für ingenua et civis Romana erklärt wurde, scheint anzudeuten, daß dabei rasch und oberflächlich verfahren worden sei.

66) *L. 18. D. de prob.* (22, 3). *L. 6. D. h. t.*

67) *L. 14. D. de prob.* (22, 3). Es versteht sich, daß die possessio libertinitatis kein wahrer Besitz ist.

68) *Rubr. Dig. h. t. si ingenuus esse dicetur.* Dieß nennt Paulus *L. 32. D. de lib. causa* (40, 12). ex libertinitate in ingenuitatem vindicare. *Theophil. cit.* in ingenuitatem proclamare.

69) *Gai.* IV. § 44. sagt unbestimmt: aliquis libertus sit.

70) *L. 6. D. h. t.*

71) *Sueton. cit.* Note 65. patre asserente bezeugt nur die Möglichkeit einer solchen Vertretung durch einen Angehörigen.

gesprochen wird [72]). Auch dies Urtheil schließt die erneute Klage eines Andern, der an dem frühern Prozeß keinen Theil genommen und für sich Patronat behauptet, nicht aus [73]), gilt aber nicht bloß in Bezug auf den frühern Contradictor in allen andern Sachen [74]), sondern auch für und gegen Dritte, die untergeordnete Rechte aus dem bestrittenen Stande ableiten [75]). Die Nebenfrage in Betreff der Sachen des für freigeboren Erklärten wird wie bei der liberalis causa behandelt [76]). Die Anfechtung des Urtheils wegen Collusion binnen fünf Jahren wurde durch ein Senatusconsult unter M. Aurel auch in diesem Fall gestattet [77]). Schon früher hatte eine Lex Visellia (a. 64. p. Chr.) über den, der sich fälschlich für einen Freigebornen ausgegeben, eine Criminalstrafe verhängt [78]).

3) Der durch Familienverhältniß (familia) bedingte Stand (status) [79]) beruht auf der Gewalt des Familienhauptes (patria potestas, manus), durch welche alle wirklich oder ideell darunter begriffenen Personen eine Einheit (familia, domus, agnatio) bilden [80]), und kann in verschiedener

72) *L. 14. D. de prob.* (22, 3).

73) *L. 1. L. 5. D. h. t. L. 63. D. de re iud.* (42. 1).

74) *L. 14. D. de iure patronatus* (37, 14) Erbrecht, *L. 8. § 1. D. de in ius voc.* (2, 4) in ius vocatio u. s. w.

75) *L. 3. C. I. de ing. man.* (7, 14) für den Stand der Kinder *L. 25. D. de statu hom.* (1, 5). *L. 207. D. de reg. iur.* (50, 17). *Ulp. lib. 1. ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam* scheint von den durch dieß Gesetz den Freigebornen und Freigelassenen gegebenen Rechten zu reden. *Buelow cit. p.* 43. Vgl. z. B. *Ulp.* XXIX. 3.

76) *L. 32. D. de lib. causa* (40, 12). *L. 1. C. I. de ingen. man.* (7, 14).

77) *L. 2. D. de coll. deteg.* (40, 18). *L. 1. § 3. D. ne de statu def.* (40, 15). *L. 8. § 1. D. de in ius voc.* (2, 4).

78) *L. un. C. I. ad legem Viselliam* (9, 21). *L. un. C. I. quando civil. act.* (9, 31). Vgl. Rudorff, Rechtsg. I. § 26.

79) *Paul. L. 11. D. de capite min.* (4, 5). *Gai.* I. §§ 159. 162. *Ulp.* XI. 13.

80) *L. 195. § 2. D. de verb. sign.* (50, 16). *L. 10. § 2. D. de grad. cogn.* (38, 10). *Ulp.* XI. 4. *Gai.* I. § 156. Für domus *Ulp.* XX. 3. 6. *L. 5. D. de excus.* (27, 1). Unter „ideell" darunter begriffen, verstehe ich diejenigen, die in der Gewalt des Familienhauptes stehen würden, wenn es noch lebte; denn dieß Band wird auch nach seiner natürlichen Auflösung als fortdauernd betrachtet.

Weise Gegenstand eines Rechtsstreits (status controversia)[81]) werden.

Einmal für den Hauptinteressenten, den Inhaber jener Familiengewalt, dem das alte Civilrecht eine Vindication gegen jeden Dritten[82]), der Prätor zwei Interdicte, de liberis exhibendis und de liberis ducendis[83]), durch welche jetzt auch die Entscheidung über jene Gewalt durch einen Geschwornen herbeigeführt wurde[84]), endlich auch ein Präjudicium gab[85]). Gegen das Kind selbst schützte sich der Vater ursprünglich durch seine eigene unbeschränkte Macht, später unterstützt durch die Obrigkeit[86]), die nöthigen Falls über die Rechtsfrage eine Cognitio eintreten ließ[87]). Denn ein Judicium, auch in Folge jener Interdicte, zwischen Vater und Sohn war in Bezug auf die persönliche Gewalt nicht möglich[88]). Als Vorbereitung von Vermögensansprüchen aber findet sowohl das interdictum de liberis ducendis als ein Präjudicium unter ihnen statt[89]).

Etwas Neues war es, daß das senatusconsultum Plancianum der Mutter des Kindes, auch noch ehe es geboren ist, das Recht gab, dreißig Tage nach der Scheidung durch eine an

81) *L. 3. §§ 6—11. L. 5. pr. L. 6. § 3. D. de Carb. ed.* (37, 10). *L. 1. C. I. de ord. iud.* (3, 8). de condicione personae. *L. 3. § 2. D. de iur.* (13, 2). *L. 1. § 7. D. de tab. exhib.* (43, 5).

82) Die im spätern Recht nur noch als fingirte Vindication, in iure cessio, bei der Adoption vorkam. Pomponius in *L. 1. § 2. D. de rei vind.* (6, 1). *Gai.* I. § 134. Vgl. oben § 41, 2).

83) *Dig.* 43, 30. *Cod. Iust.* 8, 8. *de liberis exhibendis, item ducendis. L. 1. pr. L. 3. pr. D. h. t. L. 1. § 2. cit.*

84) *L. 1. § 4. h. t.*

85) *L. 1. § 2. cit. Ulp.* — liberae personae, quae sunt iuris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate — petuntur — aut praeiudiciis, aut interdictis *rel. L. 3. §§ 1. 2. D. de iureiur.* (12, 2). — iurasti, in potestate mea te non esse, kann sich hierauf, oder auf die genannten Interdicte beziehen.

86) *L. 3. C. I. de patr. pot.* (8, 47). *Alex.*, wie es scheint, auch durch den Municipalmagistrat. *L. 9. § 3. D. de off. Procons.* (1, 16). *Ulp.*

87) *L. 1. § 2. cit.* Note 85. aut cognitione Praetoria. *L. 8. D. de prob.* (22, 3). *L. 3. C. I. cit.* Note 86. Praesidi provinciae, dicturo sententiam. *L. 3. §§ 3. 4. D. de lib. exhib.* (43, 30).

88) *L. 3. § 3. L. 5. D. de lib. exhib.* (43, 30).

89) *L. 4. D. de lib. exhib.* (43, 30). *L. 1. C. I. eod.* (8, 8). *L. 1. § 4. L. 8. pr. § 1. D. de Carb. ed.* (37, 10).

den Vater gerichtete Denunciation den Stand des Kindes gegen die Ableugnung der Vaterschaft sicher zu stellen [90]). Der Prätor gab ihr dann ein Präjudicium de agnoscendo partu [91]), welches durch ein Senatusconsult unter Hadrian auch auf ein während der Ehe gebornes Kind ausgedehnt wurde [92]). Wie die Formel lautete, wissen wir nicht; wohl aber, daß die Untersuchung sich auf jede dabei in Betracht kommende Frage, also ob das Kind von dem Manne, ob es in der Ehe erzeugt, ob diese gültig gewesen u. s. w., erstreckte [93]).

In allen Fällen gilt das im Prozeß mit dem Vater [94]) als Hauptberechtigten gesprochene Urtheil als förmliche Wahrheit nicht bloß für und gegen ihn [95]), sondern auch für und gegen alle Dritte, die den Stand des Kindes um andrer davon abhängiger Rechte willen anzufechten veranlaßt sein könnten [96]).

Hierin steht diese status quaestio also den beiden erstgenannten völlig gleich. Dadurch aber unterscheidet sie sich von ihnen, daß abgesehen von einem solchen durch den Hauptberechtigten veranlaßten Präjudiz, jeder Dritte, der ein Interesse dabei hat, der fraglichen Person ihren status familiae bestreiten und die Entscheidung darüber in Form eines Präjudiciums beantragen kann [97]), eine Entscheidung, die, wenn sie rechtskräftig geworden, natürlich nur unter den Partheien gilt.

90) *Dig.* 25, 3. *de agnoscendis — liberis. L. 1. §§ 1. 12. h. t.*

91) *L. 9. C. I. de patr. pot.* (8, 47). *Diocl. et Max.* praeiudicium edicto perpetuo propositum. *§ 13. I. de act.* (4, 6). *Theophil. h. l.* erklären es für prätorisch. Als Präjudicium muß es die Entscheidung eines Geschwornen veranlaßt haben. Nur in den Provinzen sollte der Statthalter selbst cognosciren. *Plin. Ep.* X. 77.

92) *L. 3. § 1. D. h. t.* Deshalb spricht § 3. von ex Senatusconsultis agere.

93) *L. 1. § 16. L. 3. §§ 3. 4. 5. D. h. t.*

94) Oder Großvater *L. 3. § 2. D. h. t.*

95) *L. 1. § 4. D. de lib. exhib.* (43, 30). *L. 1. § 16. L. 3. pr. D. h. t.*

96) *L. 2. D. h. t. Iulian.* in omnibus causis, quare et fratribus suis consanguineus erit.

97) Das Interesse besteht gewöhnlich im Erbrecht (*L. 3. § 2. L. 6. § 3. D. de Carb. ed.* 37, 10. si status et hereditatis controversia sit), bei welchem über das Agnationsrecht entweder nur implicite (*L. 1. C. I. de ord. iud.*

Die Rolle des Klägers und die Beweislast übernimmt nach dem allgemeinen Grundsatz aller Präjudicien derjenige, der seine Behauptung in der Intentio formulirt [98]). Der Ausspruch, daß der Sohn, der sich der Gewalt des Vaters entziehen will, allemal beweisen müsse, bezieht sich nur auf die oben erwähnte Cognitio [99]).

In Bezug auf alle status quaestiones haben Neuere die Frage aufgeworfen, ob sie zu den strengen (iudicia) oder zu den freien Klagen (arbitria) gerechnet worden seien [100]). Ich glaube, daß die Römer diesen Gegensatz überhaupt nur auf Vermögensklagen bezogen, auf diese Klasse, wegen der absoluten Natur der Standesrechte, ihn gar nicht beziehen konnten. Etwas ganz andres ist es, daß bei dem Streit um die Freiheit im Zweifel für diese entschieden werden soll [101]).

3, 8. *L. 1. C. I. quor. bonor.* 8, 2) oder wenn der Gegner darauf anträgt, in einem Präjudicium entschieden wird. *L. 2. C. I. eod.* (3, 8). So kann Einem die controversia, an inter liberos sit (*L. 1. pr. D. de Carb. ed.* 37, 10) von seinen Geschwistern oder von der Mutter gemacht werden *L. 3. § 7. L. 5. pr. D. eod.* oder von andren Miterben *L. 1. § 10. eod.*, z. B. von einem väterlichen Freigelassenen *L. 7. § 7. eod.*, von einem im väterlichen Testament mit der Freiheit zum Erben eingesetzten Sklaven *L. 3. § 11. eod.*, ja vom Fiscus *L. 1. § 7. eod.* und selbst von den Erbschaftsschuldnern *L. 3. § 12. eod.* Die bonorum possessio Carboniana freilich gab der Prätor nur, wenn gleichzeitig das Erbrecht bestritten wurde. Die Vertagung der status controversia aber konnte auch sonst eintreten. *L. 3. § 2. L. 6. § 3. D. eod.* *cf. L. 27. pr. D. de lib. causa* (40, 12). Nur durch ein solches Präjudicium war jetzt auch die selbständige Entscheidung über legitima tutela möglich. Im Fall der Turia (Mommsen, Abhandl. der K. Akademie 1863. S. 460) kam sie freilich nur als Incidentpunkt im Erbschaftsstreit zur Sprache. — Dieß verkennt *Buelow cit. p.* 18. Note 60. 61, *p.* 42. Note 32, dem ich sonst manche Belehrung verdanke.

98) S. Note 13.

99) *L. 8. D. de prob.* (22, 3). vgl. Note 87.

100) Savigny, System V. S. 480 rechnet das liberale iudicium zu den strengen Klagen, und muß die andren, weil prätorisch, für frei erklären.

101) *L. 20. L. 179. D. de reg. iur.* (50, 17). *L. 12. § 9. D. de captivis* (49, 15).

5. Interdicta.

§ 98. Zu den Klagrechten (actiones) im weiteren Sinn rechnen die Römer auch die Interdicte[1]), während sie dieselben um ihrer eigenthümlichen Prozeßform willen den eigentlichen Actionen entgegensetzen[2]).

Den Ursprung dieser Prozeßform in der Zeit der Legis Actiones haben wir oben angedeutet (§ 54). Er ist in den polizeilichen Verboten (interdicta) und Befehlen (decreta) zu suchen, durch welche die Gerichtsobrigkeiten, Consuln, Prätoren u. s. w. von ältester Zeit her vermöge ihres Imperiums im Interesse der öffentlichen Ordnung und Ruhe auf Anrufen eines Betheiligten künftigen Störungen entgegen zu treten und die Folgen derselben ohne langwierigen Rechtsstreit aufzuheben pflegten. Ehe die Uebertretung jenes Gebots gestraft oder die-

1) *L. 37. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). *Ulp.* Interdicta quoque actionis verbo continentur. *§ 1.* Mixtae sunt actiones —, utputa — interdictum UTI POSSIDETIS, UTRUBI. *L. 1. pr. D. de superfic.* (43, 18). Ait Praetor: — VIM FIERI VETO. SI QUA ALIA ACTIO *rel.* So z. B. actio quod vi aut clam. *L. 43. D. de lege Aquil.* (9, 2). *L. 3. pr. D. de mortuo infer.* (11, 8). Daher auch interdicto agere. *L. 42. pr. D. de procur.* (3, 3). *L. 1. § 18. D. quod leg.* (43, 3). *L. 2. § 40. D. ne quid in loco publ.* (43, 8). *L. 1. § 4. D. de lib. exhib.* (43, 30) u. s. w.

2) *L. 1. § 4. D. uti poss.* (43, 17). *Ulp.* aut interdicto expeditur aut per actionem. *cf. § 6. L. 35. § 2. L. 39. pr. D. de procur.* (3, 3). *L. 15. D. ad exhib.* (10, 4). *Pomp.* vel interdictum vel iudicium dari. — Quellen für die Lehre von den Interdicten: *Gai.* IV. §§ 138—170. *Ulp. Inst. Endl. fr.* V—VIII. *Paul. rec. sent.* V. 6. *Inst.* 4, 15. *Theophil. h. t. Dig.* 43. *Cod. Iust.* 8, 1—9. Von den classischen Juristen schrieb Venuleius actionων βιβλία δέκα und de interdictis βιβλία ἕξ. *Index Flor.* Ein Unbekannter de interdictis lib. I—IV. *Fr. Vat.* §§ 90—93. — Neuere Schriftsteller: Savigny, Besitz §§ 34—43. Zimmern, Rechtsg. III. §§ 71—74. Mein Handbuch § 37. Puchta, Instit. §§ 169. 225. Keller, Civilpr. §§ 74—76. Rudorff, Rechtsg. §§ 53. 54. Böcking, Instit. I. § 54. III. §§ 46—55. Von Monographien sind besonders zu nennen *Huschke, de causa Siliana* 1824, wieder abgedruckt in Studien des römischen Rechts 1830. S. 1–24, eine kleine Schrift, die schon ganz die Gediegenheit und Reife der spätern Arbeiten dieses vorzüglichen Gelehrten zeigt; und aus neuester Zeit die treffliche Schrift von K. A. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer. Leipz. 1853. 8.

sem Befehl Folge verschafft wurde, war freilich eine Untersuchung nothwendig. Diese hatte aber nicht die Form der Legis Actio, sondern wurde im Verwaltungswege formlos, also auch ohne Zeitverlust zu ihrem Ziele, der Ueberzeugung des Magistrats, daß der Gebrauch seines Imperiums hier wohl angebracht sei, geführt.

Zweierlei wirkte zusammen, daß dieß Verfahren zu einem eigentlichen Interdictsprozeß umgebildet wurde. Einmal die erweiterte Competenz und die daraus entstehende Ueberlastung des Prätors mit Jurisdictionsgeschäften, die ihn veranlaßte, wo möglich jede thatsächliche Untersuchung einem Geschwornen zu überweisen; sodann die fortgeschrittene Rechtsansicht der Zeit, wonach kein Bürger vergewaltigt, Jedem stets volles rechtliches Gehör gewährt werden sollte[3]). Der Weg dazu war in diesen Fällen durch eine längst bestehende Gerichtssitte gegeben. Der Prätor brauchte nur das Verbot oder den Befehl als einen bedingten zu betrachten und die Partheien zu einer entsprechenden Sponsion zu zwingen, über deren thatsächlichen Grund dann Geschworne entschieden. Der von dem Unterliegenden an den Gegner zu zahlende Betrag der Präjudicialwette (summa sponsionis) war zugleich Strafe seines Ungehorsams (poena), vertrat also die Stelle der Multa, durch welche der Prätor früher seinem Gebot Folge verschafft hatte. In welcher Stufenfolge diese Aenderung eintrat, wissen wir nicht; aus innern Gründen ist anzunehmen, daß sie mit Einführung der Formulae ihre Vollendung erhielt[4]).

Auf diese Weise hatten sich die Interdicte in eigenthüm-

3) Vgl. § 54 Note 9 und § 81 Note 51. Die Interdictssachen traten hierdurch aus dem Gebiete des imperium in das der iurisdictio über. S. § 70 Note 21. 22.

4) Wie über das interdictum utrubi, auf das Plautus *Stich.* V. 4, 14. 5, 19. anspielt, verhandelt wurde, steht dahin. Die Verbindung desselben mit der Lex Cincia 550 u. c. gehört nicht dem Gesetze selbst, sondern erst der spätern Jurisprudenz an. Cicero schreibt die Gestalt der possessorischen Interdicte seiner Zeit den Altvordern zu und schildert den Prätor als ganze Tage mit ihnen beschäftigt. *Cic. pro Tullio* 44. *pro Caec.* 16. 13.

liche Formen ein Judicium einzuleiten verwandelt [5]). Der Unterschied vom Actionenprozeß aber blieb ein wesentlicher. Denn während bei diesem der Prätor nach Anhörung der Partheien nur eine Formula ertheilt und einen Judex bestellt, durch dessen Entscheidung erst der Kläger einen obrigkeitlich anerkannten Anspruch erhält, schreitet er hier sofort in der Sache selbst dem Antrag des Klägers gemäß mit einem Strafbefehl ein [6]), auf dessen Befolgung wegen der mit dem Ungehorsam verknüpften Nachtheile regelmäßig gerechnet wird [7]), ohne daß dem Beklagten,

5) Deshalb gehörten sie zum ius ordinarium oder ordo iudiciorum privatorum, s. Note 20, und *Theophil.* IV. 15. *pr.* sagt nach Gaius (vgl. Note 6. 8): *Ἰντερδίκτον δέ ἐστιν ὁμιλία πραίτωρος μεταξὺ δύο τινῶν περὶ νομῆς ἢ ὡσανεὶ νομῆς ἀγωνιζομένων γενομένη, οὐ τέμνουσα τὴν ὑπόθεσιν, ἀλλὰ ῥυθμίζουσα τὸν δικαστὴν, ὅπως χρὴ κρίνειν περὶ τῆς ὑποθέσεως.*

6) *Gai.* IV. § 139. Certis igitur ex causis Praetor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur, et in summa aut iubet aliquid fieri, aut fieri prohibet *rel.* Nach dem allgemeinen Wortsinn und nach dem Sprachgebrauch der classischen Juristen kann principaliter allerdings ebensowohl „anfänglich" (*cf. L. 194. D. de reg. iur.* 50, 17. *L. 6. D. de iurisdict.* 2, 1) als „hauptsächlich" (*L. 7. § 1. D. de iniur.* 47, 10. *cf. Gai.* III. § 180. IV. § 142.) heißen. Für diese letztere Bedeutung aber entscheidet mich jetzt wie früher (Handbuch cit. Note 3) der Zusammenhang der Sache. Denn nicht die extraordinaria cognitio, die Gaius in seinen Institutionen nirgends in Betracht zieht, sondern der Actionenprozeß bildet den Gegensatz; und in diesem interponirt der Prätor seine Auctoritas finiendis controversiis zwar auch „anfänglich", aber nur „nebensächlich", indem er durch Bestellung eines andern Richters die Entscheidung herbeiführt. Die Execution durch duci iubere und missio in bona ist nicht sowohl das Ende dieses Prozesses, als ein Verfahren für sich, das nur mittelbar auf diese Sache wie auf alle andern Schulden des Beklagten Bezug hat. Für meine Auslegung ist, richtig verstanden, Savigny, Zeitschr. für gesch. RW. III. S. 306, Besitz § 34 Note 2 und Keller, Civilpr. Note 861. Dagegen Schmidt cit. S. 6 und die von ihm Angeführten, Haubold, Schilling, Mühlenbruch und jetzt Rudorff, Rechtsg. cit. § 53 Note 7.

7) „Allerdings war schon (durch das Interdict) selbst zum Schutz des Bedrohten oder Verletzten viel gethan, indem nun das Ansehn eines obrigkeitlichen Gebotes ihm zur Seite stand." Handbuch cit. S. 387. *L. 7. D. ne quid in loco publ.* (43, 8). *Iulian.* Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire (*cf. L. 2. § 17. eod.*) —: ita qui adversus edictum (= *interdictum*) Prae-

der es darauf ankommen lassen will, die Vertheidigung vor Geschwornen abgeschnitten ist [8]). Um dieses eigenthümlichen Vortheils willen behielt der Prätor nicht nur die zahlreichen aus älterer Zeit stammenden, der städtischen und ländlichen Polizei angehörigen Interdicte [9]), zum Theil mit veränderter praktischer Bedeutung [10]) oder doch mit verändertem Wortsinn [11]), bei, sondern dehnte sie aus [12]) und führte ganz neue ein [13]), wofür,

toris aedificaverit, tollere aedificium debet, alioquin inane et lusorium Praetoris imperium erit. *L. 52. § 2. D. de acq. poss.* (41, 2). *Venul.* Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti vim fieri. Von directer Vollstreckung ist hier noch nicht die Rede. Vgl. Note 20.

8) *Gai.* IV. § 141. *Lex Rubr. c.* 19., s. Note 101. Dabei wird, wie in unserm Mandatsprozeß, vorausgesetzt, daß der Beklagte sich nicht freiwillig dem richterlichen Befehle fügt. S. unten Note 110. 118. 131. 156.

9) Dahin glaube ich die interdicta de locis sacris et publicis, de cloacis, de itinere actuque privato, de aqua cottidiana aestiva u. A. rechnen zu dürfen; ferner quod vi aut clam und ex operis novi nuntiatione (*L. 20. pr. D. de op. n. n.* 39, 1. *Lex Rubria c.* 19.), weil mit altrömischen Sitten zusammenhängend; endlich de arboribus caedendis und de glande legenda, weil durch Vorschriften der Zwölf Tafeln veranlaßt. Vgl. § 54.

10) So das interdictum quorum bonorum, durch welches ursprünglich nur der Besitzstand während des Erbschaftsstreits geordnet wurde, s. § 42 Note 7, und die eigentlich possessorischen Interdicte, insofern sie sich ursprünglich auf den Ager publicus bezogen, s. § 54 Note 4. Ueber die vermuthete ursprüngliche Bedeutung der interdicta de homine libero exhibendo und de liberis exhibendis et ducendis s. daselbst Note 5.

11) Dieser veränderte Sinn der Worte, der den Neueren viele Schwierigkeit gemacht hat, erklärt sich durchweg aus der Umwandlung des Verfahrens. So wird interdicere jetzt nicht bloß vom Prätor, sondern auch vom Kläger gesagt *Agg. Urb. ed. Lachm. p.* 63, 12. interdicere, hoc est ad interdictum provocare. *cf. Frontin. p.* 36, 14. *Quintil.* III. 6, 71. Non debuisti interdicere, sed petere. *Dirksen, Manuale h. v.*; und umgekehrt edere interdictum vom Prätor s. unten Note 86. Beim interdictum unde vi behauptet der Beklagte se restituisse für non deiecisse, s. Note 120. Die sponsio: si contra edictum Praetoris vis facta est, begreift die Frage, ob die Voraussetzungen des Interdicts vorhanden waren, s. Note 130. 157. 161; beim interdictum uti possidetis sagt der Prätor vim fieri veto, auch wenn der Besitz nur bestritten, nicht eigentlich bedroht wird, s. Note 147.

12) Interdicta utilia s. Schmidt cit. S. 13—23.

13) Das interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem (bonorum) missus erit *Dig.* 43, 4., das interdictum fraudatorium *L. 10. pr. D. quae in fr. cred.* (42, 8), das possessorium und

wenn es nur darauf angekommen wäre, eine andre Klage zu geben, die Form der in factum actiones vollkommen ausgereicht hätte [14]). Die stehenden Formulare für die wichtigsten Fälle bildeten daher einen eigenen Abschnitt seines Edicts [15]), so jedoch, daß er auch in andern ein den Umständen des einzelnen Falls angepaßtes Interdict zu erlassen sich vorbehielt [16]). Erst später, doch schon vor Cicero, gestattete er bei den auf Restitution oder Exhibition gerichteten Interdicten an Stelle der Sponsion einen Arbiter und eine Formula arbitraria zu erbitten, wodurch der Verlauf der Sache dem Actionenprozeß noch näher gebracht wurde [17]), während den prohibitorischen Interdicten als in die Zukunft greifenden Verboten natürlich durch Beibehaltung der Sponsion die Kraft der Strafbefehle erhalten wurde [18]). In einzelnen Fällen wurde auch dem Interdict selbst eine prätorische in factum actio zur Auswahl des Klägers an die Seite gestellt [19]). Endlich, nachdem auf diese Weise dem Interdicts-

sectorium *Gai.* IV. §§ 145. *sq.* konnten erst nach Einführung der missio in bona und bonorum venditio (*Gai.* IV. § 35.) gegeben werden; das interdictum de tabulis exhibendis *Dig.* 43, 5. erst nachdem das schriftliche Testament (*Gai.* II. §§ 103. *sq.*), de superficiebus *Dig.* 43, 18. erst nachdem diese Erbpacht in Gebrauch gekommen war. Auch das interdictum Salvianum und de migrando *Dig.* 43, 32. 33. glaube ich mit Huschke, Studien S. 340 Note 6 zu den späteren rechnen zu dürfen.

14) Dieß scheint mir ein entscheidender Grund gegen die Annahme, daß die Interdicte diesem Motiv ihre Entstehung verdankten. S. § 54 Note 1.

15) *Gai. cit.* Note 6. Formulae autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur. Die Bildungsgeschichte dieser Formulare können wir zum Theil verfolgen, z. B. für unde vi und uti possidetis. Im Allgemeinen wurden die Formeln allmählig immer mehr vereinfacht. *Keller, Sem.* II. *p.* 311. *sqq.* Die späteste Gestalt der Mehrzahl ist uns in den dem Edict entsprechenden Pandektentiteln erhalten.

16) Theils ausdrücklich in einem Anhang zu dem Hauptinterdict, Schmidt cit. S. 2 Note 4, theils ohne eine solche Ankündigung, s. Schmidt cit. S. 23—30.

17) *Gai.* IV. §§ 141. 162—65. *Ulp. Inst. Endl. fr.* VII. VIII. *Cic. pro Tullio* 53. si hodie postulem quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas, aut sponsione condemneris necesse est. Vgl. unten Note 107—114.

18) *Gai.* IV. §§ 141. 166—169. *Quintil.* VII 5, 3. S. unten Note 129. 132. 157.

19) So traten zu dem interdictum Salvianum die actio Serviana, zum interdictum frauda-

prozeß allmählig immer mehr an Kraft und Bedeutung geraubt worden, kehrte man in der spätesten Zeit, als der kaiserliche Absolutismus auf die Magistrate übergegangen war, insofern zu der Strenge des ältesten Rechts zurück, als an Stelle des Interdicts auch mittelst eines außerordentlichen obrigkeitlichen Befehls und dessen directer Vollstreckung dem Kläger zu dem Seinigen verholfen wurde [20]).

Rücksichtlich ihres **Inhaltes**, d. h. des Grundes und Erfolgs sind die Interdicte äußerst mannichfaltig, tragen jedoch alle noch das Gepräge davon, daß sie ursprünglich nicht zur Entscheidung eines Rechtsstreits eingeführt waren, sondern um

torium die actio Pauliana, zu dem interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, zu dem interdictum de mortuo inferendo die entsprechenden in factum actiones (*L. 3. § 2. L. 4. § 4. D. ne vis fiat* 43, 4. *L. 9. D. de relig.* 11, 7.), zu dem interdictum de superficie die utilis in rem actio (*L. 1. pr. § 1. D. de superfic.* 43, 18), zum interdictum quorum bonorum die hereditatis petitio possessoria u. s. w. Statt des interdictum unde vi giebt der Prätor gegen Respectspersonen, gegen den Erben und post annum eine actio in factum. Neben dem interdictum de precario findet die Jurisprudenz auch die civilis in factum actio anwendbar. Vgl. **Schmidt** cit. S. 306 folg.

20) Den Fortschritt in dieser Richtung zeigen I) *L. 1. § 2. D. si ventr. nom.* (25, 5). *Ulp.* Coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit. II) *L. 2. § 8. D. test. quemadm. ap.* (29, 3). *Ulp.* Si quis non negans apud se tabulas esse, non patiatur inspici et describi, omnimodo ad hoc compelletur. si tamen neget apud se tabulas esse, dicendum est ad interdictum remitti, quod est de tabulis exhibendis. *cf. L. 1. § 1. D. de tab. exhib.* (43, 5). III) *L. 1. § 1. D. de inspic. ventre* (25, 4). *Ulp.* per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti extra ordinem. *cf. L. 5. § 27. D. ut in poss. leg.* (36, 4). IV) *L. 3. § 4. D. ne vis fiat* (43, 4). *Ulp.* Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit: aut si quis velit interdicto uti, consequens erit dicere, interdictum locum habere. Sed melius erit dicere, extra ordinem ipsos (*Consules?*) iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum: nonnunquam etiam per manum militarem. *L. 1. § 2. D. de migr.* (43, 32). *Ulp.* Cui rei etiam extra ordinem subveniri solet: ergo infrequens est hoc interdictum. Warum derselbe Ulpian in dem Einen Fall das neue Verfahren empfiehlt, im andern nicht, ist nicht überall klar.

die thatsächliche Ausübung eines Rechts, entweder abgesehen von dessen Begründung, oder weil es unbestritten ist, executivisch oder nur präparatorisch, insbesondere gegen Gewalt, Hinterlist und Treubruch, also gegen Handlungen, die den öffentlichen Frieden brechen, zu schützen. Deshalb sagt Gaius, die Interdicte bezögen sich vorzugsweise auf den Streit um Besitz (possessio aut quasi possessio)[21]), wenngleich einige proprietatis causam continent[22]), und jetzt überhaupt aus dem Interdict ein förmlicher Rechtsstreit um dessen Grund sich entwickeln kann.

Nach ihrem Zweck und Erfolg theilen die römischen Juristen sie ein in interdicta exhibitoria, restitutoria und prohibitoria[23]). Von den beiden ersten, die ihrer Form nach positive Befehle (decreta) sind[24]), gehen die exhibitorischen auf Vorzeigung einer beweglichen Sache oder eines freien Menschen[25]), die restitutorischen nach dem erweiterten Begriff von Restitution nicht bloß auf Herausgabe des Besitzes einer körperlichen Sache[26]), sei es zum Behuf der ursprünglichen Erlangung des Besitzes (adipiscendae possessionis causa) oder der Wiedererlangung desselben (reciperandae possessionis causa)[27]), sondern auch auf Herstellung des früheren Zustandes der Erdoberfläche[28]), oder endlich auf Ersatz

21) *Gai. cit.* Note 6.

22) *L. 2. § 2. D. de interdictis* (43, 1). *Paul.*, der dafür auch den Ausdruck rei persecutionem continent gebraucht. Vgl. *L. 3. § 13. D. de itin.* (43, 19). *L. 1. § 45. D. de aqua coll.* (43, 20).

23) *Gai.* IV. §§ 140. 142. *L. 1. § 1. D. de interd.* (43, 1).

24) *Gai.* IV. § 140. Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid iubet, velut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur, aut restituatur *rel. Cic. pro Caec.* 29. *Lex Rubria c.* 19. *L. 1. pr. D. de tab. exhib.* (43, 5).

25) *L. 3. §§ 8. 9. D. de tab. exh.* (43, 5). *L. 3. § 8. de hom. lib. exhib.* (43,29). *cf. L. 22. D. de verb. sign.* (50, 16).

26) *L. 22. cit.* restituere est — possessorem facere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.

27) *Gai.* IV. §§ 143—147. 154. *Paul. L. 2. § 3. D. de interd.* (43, 1), auch duplicia, die das Eine und andre sein können. *cf. Ulp. Inst. Endl. fr.* VI.

28) Die Zerstörung des opus in solo factum durch den Beklagten oder den Kläger bei dem interdictum quod vi aut clam und in Folge der operis novi nuntiatio *L. 2. § 45. D. quod vi* (43, 24). *L. 22. D. de op. n. nunt.* (39, 1), die Wegschaffung der Anlagen in öffentlichen Wegen und Flüssen

eines Schadens[29]). — Die prohibitorischen Interdicte (interdicta $\kappa\alpha\tau'$ $\dot{\epsilon}\xi o\chi\acute{\eta}\nu$) sind, wie es das Wort gibt, auf Unterlassung gerichtete Befehle oder Verbote, Unterlassung theils eines positiven Eingriffs in die Rechtssphäre des Andern, theils der Behinderung desselben im Gebrauch seines Rechts[30]). Ihrer Natur nach sind sie auf die Zukunft gerichtet und umfassen nie vergangene, d. h. vor Erlassung des Verbots vorgekommene Thatsachen[31]), wohl aber kann in Bezug auf spätere auch eine Restitution durch sie erreicht werden[32]).

Was den Rechtsgrund der Interdicte betrifft, so ist es von Interesse die wichtigsten Fälle nach Anleitung des Rechtssystems und in Bezug auf die aufgestellten allgemeinen Gesichtspunkte durchzugehen[33]).

1) Dem öffentlichen Recht gehören die interdicta popularia an, durch welche jeder Bürger res sacrae und res publicae in publico usu, insbesondere öffentliche Plätze, Wege

L. 2. § 35. D. ne quid in loco publ. (43, 8). *L. 1. § 19. D. de flum.* (43, 12) u. s. w.

29) In Verbindung mit einer sachlichen Restitution, z. B. quod vi aut clam *L. 81. D. de verb. sign.* (50, 16). *L. 15. §§ 7. 8. D. quod vi* (43, 24) oder selbständig, z. B. interdictum fraudatarium. *L. 10. pr. D. quae in fraud. cred.* (42, 8).

30) *Gai. cit.* § 140. interdicta vero, cum prohibet fieri, velut cum praecipit ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat. Einen positiven Eingriff verbieten z. B. IN LOCO SACRO, IN VIA PUBLICA FACERE, IMMITERE QUID VETO, oder NE QUID IN LOCO PUBLICO, IN FLUMINE PUBLICO RIPAVE EIUS FACIAS. Die Behinderung im Gebrauch eines Rechts, z. B. QUOMINUS ILLI LOCO PUBLICO — FRUI, VIAM PUBLICAM REFICERE, IN FLUMINE PUBLICO NAVIGARE LICEAT, VIM FIERI VETO. Beides zugleich, z. B. UTI EUM FUNDUM POSSIDETIS, QUOMINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO. *L. 11. D. de vi* (43, 16). *L. 8. § 5. D. si servitus* (8, 5). *L. 3. §§ 2—6. 9. D. uti poss.* (43, 17).

31) *L. 2. pr. § 17. D. ne quid in loco publ.* (43, 8). *L. 1. § 12. D. de flum.* (43, 12). Schmidt cit. S. 55 folg. Vgl. unten Note 166.

32) *L. 1. pr. § 1. D. de aqua cott.* (43, 20). *L. 3. § 2. D. ne vis fiat ei* (43, 4). Diese bezeichnet Ulpian als mixta in *L. 1. § 1. D. de interd.* (43, 1), wo er ohne Zweifel quae et prohibitoria sunt et restitutoria, nicht exhibitoria schrieb. Vgl. Schmidt cit. S. 65 folg. S. 72 folg.

33) Die Eintheilungen des Ulpian und Paulus in *L. 1. pr. L. 2. pr. D. de interdictis* (43, 1) sind logisch untadlig, aber nur auf einzelnen Punkten aufklärend für die Sache.

und Flüsse, im persönlichen und im allgemeinen Interesse gegen Verderbung und Behinderung ihres Gebrauchs schützen kann[34]). Natürlich sind auch die Magistrate, denen die Fürsorge dieser Sachen (cura) obliegt, ex officio dieß zu thun berechtigt und verpflichtet[35]).

2) Der Freiheit eines Menschen, den ein Andrer dolo malo gefangen hält, kann Jeder sich annehmen und durch das interdictum de homine libero exhibendo seine Vorführung in publico, so daß er gesehen und berührt werden kann, erzwingen[36]). Freilich, bestreitet der Beklagte die Freiheit, so muß darüber im liberale iudicium entschieden werden[37]).

3) Auf das Vermögen (res familiaris) beziehen sich die meisten Interdicte[38]); vor Allem die possessorischen, durch welche die Ausübung des Eigenthums (corporis possessio) und der vom Eigenthum abgelösten iura in re (iuris quasi possessio)

34) *Dig.* 43, 6—8. 10—15. Vgl. Bruns, die römischen Popularklagen VII., Zeitschr. f. Rechtsg. III. S. 388 folg. Schmidt cit. S. 126—136. I) *L. 2. § 34. D. ne quid in loco publ.* (43, 8). interdictum populare. *L. 1. D. de locis et itin.* (43, 7). quolibet postulante. *L. 1. § 9. D. ne quid in fl. publ.* (43, 13). cuivis ex populo. II) *L. 2. § 2. D. ne quid in loco publ.* (43, 8). tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur. III) *§§ 34. 44. L. 1. § 3. D. de via publ. et itin.* (43, 11). condemnatio, quanti actoris intersit. IV) *L. 42. pr. D. de procur.* (3, 3). — qui de via publica agit et privato damno ex prohibitione afficitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem.

35) *L. 1. § 3. L. 2. L. 3. D. ne quid in loco sacro* (43, 6). *Lex Iul. mun. vers.* 1—28. *L. 1. §§ 17. 25. D. ne quid in loco publ.* (43, 8). *L. un. D. de via publ.* (43, 10). *Paul.* V. 6. § 2.

36) *Dig.* 43, 29. *de homine libero exhibendo. L. 3. § 9. h. t.* omnibus competit: nemo enim prohibendus est libertati favere. *cf.* §§ 10—13. *L. 1. § 1. eod.* tuendae libertatis causa. *L. 2. § 1. D. de interd.* (43, 1). officii tuendi causa. Ein Privatinteresse liegt nicht zum Grunde. *L. 4. § 3. h. t.* Doch wird die contumacia non exhibentis durch Condemnation zur eidlich bestimmten litis aestimatio gestraft. *L. 3. § 13. L. 4. § 2. h. t.* Vgl. Bruns cit. S. 402 folg.

37) *L. 3. § 7. D. h. t. Theophil.* IV. 15. § 1. *vers. Exhibitoria* beschreibt es als vorbereitend für die vindicatio in libertatem, was es allerdings früher war. Vielleicht trat die Veränderung erst mit der veränderten Competenz für Statusklagen ein.

38) *L. 2. §§ 1. 2. 3. D. de interdictis* (43, 1). *cf. L. 6. D. de sepulcro viol.* (47, 12). *L. 18. pr. D. de iudiciis* (5, 1).

gegen partielle Störung geschützt (interdicta retinendae possessionis) und in Folge gewaltsamer, hinterlistiger oder treuloser Beraubung (vi, clam, precario) wiedererlangt wird (interdicta recuperandae possessionis)[39]), überall ohne Rücksicht auf das Recht an der Sache, indem hier nur die Person, der Bestimmung der Interdicte gemäß, in ihrem ruhigen Besitz gegen Verletzungen, die den gemeinen Frieden brechen, geschützt werden soll, wenige Fälle ausgenommen, wo das Interdict petitorischer Natur ist[40]). — Auf den Grenzverkehr benachbarter Grundstücke beziehen sich auch einerseits einige den possessorischen verwandte Interdicte, durch welche eine dem Nachbarn schädliche, gegen sein Verbot oder heimlich, also formell widerrechtlich ausgeführte Veränderung des Grundes und Bodens (opus in solo factum) ohne Rücksicht auf das materielle Recht beseitigt wird (quod vi aut clam und ex operis novi nuntiatione)[41]); und andrerseits die aus den Zwölf Tafeln stammenden petitorischen Interdicte (de arboribus caedendis und de glande legenda), die zur Ausführung legaler, also unbestreitbarer Beschränkungen des Eigenthums dienen[42]). — Weil Eigenthum und

39) Für corporis possessio 1) retinendae possessionis: UTI POSSIDETIS und UTRUBI (*Dig.* 43, 17. 31), 2) recuperandae possessionis: de vi (*Dig.* 43, 16), de clandestina possessione (*L. 7. § 5. D. comm. divid.* 10, 3), de precario (*Dig.* 43, 26); für iuris quasi possessio der persönlichen und der Prädialservituten, deren Ausübung mit dem Besitz des praedium dominans verbunden ist, dieselben; für andre Prädialservituten eigenthümliche Interdicte *Dig.* 43, 19—23.

40) Nur das interdictum de itinere reficiendo verlangt den Beweis des Rechts *L. 3. § 13. D. de itiner.* (43, 19); ebenso das interdictum de aqua ex castello ducenda *L. 1. § 45. D. de aqua cott.* (43, 20); jenes, weil es sich um eine tiefer greifende Disposition handelt, dieses, weil die öffentliche Assignation den Streit sofort klar stellt. *cf. L. 2. § 2. D. de interd.* (43, 1).

41) *L. 1. § 2. D. quod vi* (43, 24). *Ulp.* Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, aut non. sive enim ius habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci. *L. 20. § 1. D. de op. n. nunt.* (39, 1). *Ulp.* Edicto expressum est, ne post operis novi nuntiationem quidquam operis fiat —. Qui igitur facit, etsi ius faciendi habuit, tamen contra interdictum Praetoris facere videtur: et ideo hoc destruere cogitur. *cf. Dig.* 43, 25. *Lex Rubr. c.* 19.

42) *Dig.* 43, 27. de arboribus caedendis. 28. de glande legen-

Besitz, also auch possessorische Interdicte an einem Grabmal als res religiosa nicht stattfinden, aber weder dessen Herstellung, noch das Begräbniß durch einen langwierigen Rechtsstreit aufgehalten werden soll, so schützt der Prätor den Inhaber des ius sepulcri in der einen und andern Handlung durch ein Interdict [43]). — Bemerkenswerth ist endlich, daß Schuldverhältnisse durch Interdicte nicht verfolgt werden. Sehr natürlich, denn ihre Ausübung ist nicht wie bei dinglichen Rechten eine continuirliche, die, abgesehen von dem Recht, possessorisch geschützt werden könnte; die Schuldklage aber genügt zu ihrer petitorischen Verfolgung. Nur wo mit dem persönlichen Recht ein dingliches verknüpft ist, treten Interdicte, theils possessorische, theils petitorische ein. So 1) bei der Erbpacht, die dem Pächter ein dem Eigenthum in Ausdehnung und Dauer ähnliches dingliches Nutzungsrecht gewährt [44]), und 2) wenn die Schuldforderung durch ein Pfand gesichert ist, dessen Besitz vor Allem der Gläubiger zum Behuf des Verkaufs bedarf. Deshalb giebt der Prätor demselben im Fall des Faustpfandes die Interdicte der corporis possessio (retinendae und recuperandae possessionis [45]), und wo ein Faustpfand nicht anwendbar ist, bei der Pacht, dem Verpächter ein petitorisches auf Erlangung des Besitzes (interdictum Salvianum), um sich aus den Früchten und Inventarienstücken des Pächters wegen des rückständigen Pachtgeldes bezahlt zu machen [46]). Der Vermiether eines Wohngebäudes

da. *L. 9. § 1. D. ad exhib.* (10, 4). Diesem analog sind die Interdicte in *L. 9. § 1. D. de damn. inf.* (39, 2). *L. 15. D. ad exhib.* (10, 4).

43) *Dig.* 11, 8. *de mortuo inferendo et sepulcro aedificando. L. 9. D. de religiosis* (11, 7). *L. 2. § 2. D. de interd.* (43, 1). veluti proprietatis causam continent.

44) Den Superficiar schützt der Prätor in der Ausübung seines Rechts (iuris quasi possessio) durch ein eigenthümliches interdictum retinendae possessionis (*Dig.* 43, 18. *de superficiebus*), und im Fall des Verlustes durch die recuperatorischen Interdicte des corporis possessor *L. 1. § 5. D. de vi* (43, 16). Am ager vectigalis hat der Pächter die corporis possessio selbst und deren Interdicte. Das interdictum de loco publico fruendo (*Dig.* 43, 9) ist ein petitorisches und beruht auf dem durch die lex censoria liquiden Nutzungsrecht.

45) Savigny, Besitz § 24 II).

46) *Dig.* 43, 33. *de Salviano*

bedarf eines solchen nicht; denn er kann, wenn er kündigt und den Miether austreibt, dessen Mobilien retiniren. Um so mehr ist dieser, der Miether, beim Auszuge, wenn er alle seine Verbindlichkeiten erfüllt hat, des prätorischen Schutzes bedürftig (interdictum de migrando) [47]).

4) Dem Familienrecht gehören die beiden Interdicte de liberis exhibendis und de liberis ducendis an [48]), durch welche ursprünglich die Vindication des Kindes theils vorbereitet, theils zum Vollzug gebracht wurde [49]), welche dann als petitorische Rechtsmittel deren Stelle vertraten und jetzt mit der Präjudicialklage electiv concurriren [50]). Ihnen verwandt ist das Interdict auf Exhibition eines Freigelassenen, dem der Patron Dienste (operae) ansagen will [51]).

5) Endlich schützt der Prätor auch die Handlungen seines eigenen Imperiums durch Interdicte. So vor Allem a) jede Besitzeinweisung (missio in possessionem), in eine einzelne Sache oder in ein ganzes Vermögen, durch das Interdict ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit [52]). Denn selbst die eigene Verfügung will er nicht durch directen Zwang vollstrecken [53]), sondern dem davon Betroffenen noch den Rechtsweg offen lassen, freilich mit den damit verknüpften eigenthümlichen Nachtheilen, wenn er unterliegt [54]). In dem wichtigsten Fall der Einweisung der Gläubiger in den Besitz des ganzen Vermögens ihres Schuldners, also dem Concursprozeß (missio

interdicto. Vgl. Huschke, Studien IV. S. 337 folg.

47) *Dig.* 43, 32. *de migrando.*

48) *Dig.* 43, 30. *de liberis exhibendis item ducendis. L. 2. §§ 1. 2. D. de interd.* (43, 1). iuris sui tuendi causa.

49) S. oben § 41 Note 11, § 52 Note 8.

50) S. § 97 §§ 83—85.

51) *Gai.* IV. § 162. *§ 1. I. de interd.* (4, 15). *L. 2. § 1. D. eod.* (43, 1).

52) *Dig.* 43, 4. *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. L. 3. L. 4. h. t.* Die Formel, die wir nicht besitzen, hat Schmidt cit. S. 68 zu restituiren versucht.

53) Das Interdict ist eine species inducendi in possessionem, s. *L. 52. § 2. D. de acq. poss.* (41, 2) oben in Note 7. Die directe Vollstreckung wurde erst zu Ende dieser Periode statt des Interdicts zugelassen. S. Note 20.

54) Als prohibitorisches Interdict immer cum sponsione.

in bona rei servandae causa), giebt er außerdem b) den Gläubigern oder dem curator bonorum das interdictum fraudatorium, durch welches die widerrechtlich veräußerten Sachen zur Masse herangezogen werden [55]). Endlich c) dem Käufer der Masse (bonorum emptor, sector), um sich in den Besitz zu setzen, das interdictum possessorium, oder im Fall des Verkaufs im Namen des Staats das interdictum sectorium [56]). Umgekehrt wird d) auch dem Schuldner oder Eigenthümer, wenn er durch Caution den Grund der Missio aufhebt, durch ein eigenes Interdict wieder zum Besitz seines Vermögens verholfen [57]). — In dieselbe Kategorie gehören die Interdicte QUEM FUNDUM, QUAM HEREDITATEM und QUEM USUMFRUCTUM, durch welche der Prätor bei der rei vindicatio, hereditatis petitio und actio confessoria, weil der Beklagte die defensio rei nicht übernimmt, die Uebertragung des Besitzes auf den Kläger bewirkt [58]). — Endlich die auf Regulirung der Erbschaft bezüglichen Interdicte: a) QUORUM BONORUM, durch welches der Prätor demjenigen, dem er vermöge seines Imperiums die Bonorum Possessio ertheilt hat, den Besitz der körperlichen Erbschaftssachen von jedem Dritten verschafft [59]). Seit Anerkennung eines prätorischen Erbrechts ist es ein petitorisches Rechtsmittel, d. h. es führt in dem Judicium eine definitive Entscheidung über dieses Erbrecht herbei; possessorisch nur insofern, als der Civilerbe dem prätorischen die Erbschaft evinciren kann [60]). b) QUOD LEGATORUM, wodurch der Erbe die eigenmächtig in Besitz genommenen Vermächtnisse zurückfordert [61]). c) Endlich de tabulis exhibendis, wodurch

55) *L. 10. pr. D. quae in fr. creditorum facta sunt ut restituantur* (42, 8). *L. 67. §§ 1. 2. D. ad SC. Treb.* (36, 1). *L. 96. pr. D. de solut.* (46, 3).

56) *Gai.* IV. §§ 145. *sq.*

57) *L. 11. D. ut leg. serv. causa* (36, 3). *L. 40. D. de solut.* (46, 3). *L. 5. §§ 2. 3. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4).

58) *Ulp. Inst. Endl. fr.* VI. *Fr. Vat.* §§ 92. 93.

59) *Dig.* 43, 2. *quorum bonorum.* Ueber seine frühere Bedeutung s. § 42 Note 7, § 97 Note 23.

60) *Gai.* II. §§ 119. 148. *sq.* III. §§ 35—38. *Ulp.* XXIII. 6, XXVIII. 13.

61) *Dig.* 43, 3. *quod legatorum.*

der Prätor die Exhibition der Testamentsurkunde auf Antrag eines Interessenten dem Besitzer befiehlt und hierdurch Jenem die Einsicht derselben verschafft[62]).

Alle Interdicte beziehen sich also auf körperliche Sachen oder auf Menschen und auf die thatsächliche Verfügung über dieselben, haben also insofern dingliche Natur. Dennoch sind sie, wenn auch in rem, d. h. allgemein gefaßt, weil an eine bestimmte Person gerichtete Befehle des Prätors, wesentlich persönlich[63]), und die ihnen zum Grund liegenden Rechte werden als Obligationen des prätorischen Rechts bezeichnet[64]). Nur wenige derselben sind ex maleficio oder pönal, und verjähren deshalb in Einem Jahre von der Rechtsverletzung an gerechnet[65]); die meisten reipersecutorisch in diesem Sinne, und deshalb perpetua[66]), obgleich der Ungehorsam gegen den prätorischen Befehl ein formelles Unrecht ist, und das aus dem Interdict entspringende Judicium innerhalb Eines Jahres nach Erlaß desselben gesucht werden muß[67]).

62) *Dig.* 43, 5. *de tabulis exhibendis.* *L. 3. § 8. ad exhib.* (10, 4). Vgl. Böcking, röm. Pr.-R. 2. Aufl. III. § 55. a.

63) *L. 1. § 3. D. de interd.* (43, 1). *Ulp.* Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. So ist das interdictum quod vi seinem Grunde nach in rem gefaßt: QUOD VI AUT CLAM FACTUM EST *L. 5. § 13. L. 15. pr. D. quod vi* (43, 24); aber der Befehl RESTITUAS an eine bestimmte Person gerichtet. *L. 1. pr. L. 7. pr. eod.*

64) *L. 52. § 6. D. de obl. et act.* (44, 7). *Modestin.* Iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipiuntur vel fieri prohibentur.

65) *L. 1. § 4. D. de interd.* (43, 1). Interdictorum quaedam annalia sunt, quaedam perpetua. Statt jener wird post annum eine Klage auf die Bereicherung gegeben. *L. 4. D. eod.* Interdicta annua sind UNDE VI *Cic. pro Tullio* 44. *L. 1. pr. L. 3. § 1. D. de vi* (43, 16), de vi armata auch post annum *Cic. ad fam.* XV. 16. *pro Caec.* 8. 22., aus demselben Grunde, weshalb die actio furti manifesti perpetua ist, QUOD VI AUT CLAM *L. 15. §§ 3. 4. D. quod vi* (43, 24) und interdictum fraudatorium *L. 10. pr. D. quae in fr. cred.* (42, 8). Daß dieß auf den Begriff der Pönalklagen zurückzuführen, zeigt *L. 35. pr. D. de obl. et act.* (44,7). Anders Schmidt cit. S. 123 folg.

66) Z. B. *L. 3. § 16. D. de tab. exhib.* (43, 5). *L. 1. § 34. D. ne quid in loco publ.* (43,8). *L. 1. § 3. D. de via publ. et itin.* (43, 11). *L. 8. § 7. D. de precario* (43, 26). *L. 3. § 18. D. de hom. lib. exhib.* (43, 29). *L. 1. § 6. D. de migr.* (43, 32).

67) S. unten Note 103. 116. 169.

Der Interdictsprozeß selbst verlief in folgender Weise[68]).

Die Einleitung ist ihm mit dem Actionenprozeß gemein[69]). Da auch das Interdict nicht ohne den Beklagten gehört zu haben ergehen kann, so wird dessen Gegenwart[70]) von Seiten des Klägers durch in ius vocatio oder Vadimonium vermittelt und gegen den böslich Abwesenden (indefensus) mit missio in bona verfahren[71]).

Auch die Verhandlung in iure beginnt wie im Actionenprozeß mit den thatsächlichen Anführungen des Klägers zur Begründung seiner Klage[72]) und den Erklärungen des Beklagten über dieselbe. Räumt er Alles ein (confessio in iure), d. h. bekennt er, zur Restitution oder Exhibition verpflichtet, oder nicht berechtigt zu sein den Kläger in der Ausübung seines Rechts zu behindern, so liegt kein Streit (controversia) vor, zu dessen Erledigung der Prätor das Interdict erlassen könnte[73]). Die factischen Schwierigkeiten aber, die der Beklagte etwa dennoch macht, zu überwinden, ist Sache des prätorischen Imperiums. Da der Beklagte auch hier eine unzweifelhafte Pflicht jedes guten Bürgers nicht erfüllt (indefensus), so kann es gegen ihn

68) Vgl. Schmidt cit. S. 266 folg.

69) S. oben § 83.

70) *§ 1. I. de interd.* (4, 15). interdicta appellantur, quia inter duos dicuntur. Der prätorische Befehl RESTITUAS, EXHIBEAS, NE FACIAS ist an den gegenwärtigen Beklagten gerichtet, das Interdict VTI POSSIDETIS an beide gegenwärtige Partheien.

71) *L. 3. § 14. D. de hom. lib. exhib.* (43, 26). *Ulp.* Hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit: sed si non defendatur, in bona eius eundum ait. *cf. L. 38. § 2. D. de procur.* (3, 3). S. unten § 106.

72) *Theophil.* IV. 15. § 1. *vers. καὶ* prohibitoria: *προσῆλθον ἐγὼ τῷ πραίτωρι, τὴν τοῦ ἀντιδίκου διηγούμενος ἀπειλὴν, εἶπον δὲ ἐμαυτὸν ἀνεπιλήπτως νέμεσθαι. vers.* exhibitoria: *ἀποκρύπτεις τὸν ἐμὸν ἀδελφὸν, λέγων αὐτὸν εἶναι δοῦλον σὸν, ἐμοῦ βουλομένου περὶ τῆς αὐτοῦ δικάσασθαι ἐλευθερίας. cf. pr. ἀπέρχονται πρὸς τὸν πραίτωρα — καὶ διηγοῦνται τῷ πραίτωρι τὸ γεγονός.*

73) *Gai.* IV. § 139. Praetor — auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. Vgl. Schmidt cit. S. 7. Keller, Civilpr. Note 864. Daß auch bei Interdicten die Regel galt: quod quis confessus est, pro iudicato haberi, bezeugt Ulpian in *L. 6. § 2. D. de confessis* (42, 2).

zur Personalhaft, missio in bona und bonorum venditio kommen [74]). Doch war der Prätor befugt, ihm zur Exhibition oder Restitution noch eine Frist zu gewähren [75]), durch Auferlegung einer Caution diese Leistung oder die ungestörte Ausübung seines Rechts dem Kläger zu sichern [76]), oder jene sofort direct zu erzwingen, was zu Ende dieser Periode das Gewöhnliche gewesen zu sein scheint [77]). Bestreitet dagegen der Beklagte den klägerischen Anspruch, sei es durch Leugnung des Klaggrundes oder durch Vorschützung einer Einrede [78]), so hat dann der Prätor zu erwägen, ob er auf den Antrag des Klägers (postulatio) [79])

74) *Lex Rubria c.* 21. sei is eam rem, quae ita ab eo petetur deve ea re cum eo agetur, ei, quei eam rem petet deve ea re aget, — in iure apud eum, quei ibi iure deicundo praeerit, dare facere praestare restituereve oportere — aut se eam habere, eamve rem, de qua arguetur, se fecisse —, confessus erit deixseritve, neque de ea re satis utei oportebit faciet, — aut non restituet: tum Praetor isve quei Romae iuri deicundo praeerit, in eum — de eis rebus omnibus ita ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri proscribeive veneireque iubeto *rel.*

75) *L. 1. § 1. D. de tab. exhib.* (43, 5) in Note 7. *cf. L. 6. § 2. D. de confessis* (42, 2).

76) Selbst der Judex konnte solche Cautionen auferlegen *§§ 2. 3. I. de off. iud.* (4, 17). *L. 41. D. de iudiciis* (5, 1). *L. 13. L. 27. § 4. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 12. D. si serv.* (8, 5). *L. 38. pr. D. pro socio* (17, 2). *L. 3. D. de tut. act.* (27, 3), und der Prätor in ähnlichen Fällen *L. 60. § 1. D. de usufr.* (7, 1). *L. 15. D. de op. n. nunt.* (39, 1). *L. 7. D. de aqua cott.* (43, 20).

77) *L. 2. § 8. D. test. quemadm. ap.* (29, 3) oben Note 20. *L. 1. § 1. D. de tab. exhib.* (43, 5). *Ulp.* Si quis forte confiteatur penes se esse testamentum, iubendus est exhibere: et tempus ei dandum est, ut exhibeat, si non potest in praesentiarum exhibere. Sed si neget se exhibere posse vel debere, interdictum hoc competit. Daß Schmidt cit. S. 220 folg. auch diesen Restitutions- und Exhibitionsbefehl für ein nur unbedingt gefaßtes Interdict erklärt, entbehrt, sowie die Zulassung einer actio aestimatoria der quellenmäßigen Begründung.

78) *L. 1. § 1. cit.* si neget se exhibere — debere. *Cic. pro Tullio* 45. Multa dantur ei, qui vi alterum detrusisse dicitur; quorum si unum quodlibet probari iudici potuerit, etiamsi confessus erit, se vi deiecisse, vincat necesse est: vel non possedisse eum, qui deiectus sit, vel vi ab se possedisse vel clam vel precario.

79) *Cic. pro Tullio* 53. *ad fam.* XV. 16. *L. 35. § 2. D. de procur.* (3, 3). *L. 1. D. de locis et itin.* (43, 7). Welches Interdict er erbitten will (rogare *L. 3. § 14.* Note 71), steht wie bei der actio in seiner Wahl. Schmidt cit. S. 218.

das Interdict aus Rechtsgründen, die er selbst vertritt, zu verweigern[80]) oder ob er dasselbe zu gewähren habe (reddere interdictum)[81]). Eine Untersuchung (causae cognitio) in der Hauptsache stellt er deshalb nicht an; diese bleibt dem Judicium vorbehalten, sondern nur ausnahmsweise über Präjudicialpunkte[82]).

Das Interdict selbst wird wie alle prätorischen Decrete mündlich erlassen[83]), aber um so mehr nach einem schriftlichen Concept (periculum)[84]), als seine Fassung sehr mannigfaltig, häufig complicirt und für den Ausgang der Sache entscheidend ist. Auch wurde es aus diesem letzteren Grunde und zur Sicherung des Beweises gewiß in dem Gerichtsbuch des Prätors (tabulae, codex) verzeichnet[85]), vielleicht auch als selbständiges vom Prätor unterzeichnetes Schriftstück dem Kläger ausgehändigt. Hierauf deutet wenigstens der Ausdruck edere interdictum, gleichbedeutend mit reddere[86]).

Die Fassung des Interdicts geschah regelmäßig nach einem im Edict aufgestellten Formular, nur mit Ausfüllung der Na-

80) Vgl. § 86 Note 19 folg.

81) *Gai.* IV. §§ 162. 170. *L. 2. § 4. D. quod leg.* (43, 3). *L. un. D. ne quid in flum. publ.* (43, 13). *L. 1. § 10. D. de itin. actuque priv.* (43, 19). Vgl. Note 98. 99.

82) Vgl. z. B. *L. 40. pr. D. de procur.* (3, 3). *L. 3. § 4. D. de lib. exhib.* (43, 30) und Schmidt cit. S. 227 folg.

83) *Gai.* IV. § 160. Praetor pari sermone cum utroque loquitur. *§ 1. I. de interd.* (4, 16). interdicta appellari, quia inter duos dicuntur. *Theophil.* IV. 15. *pr.* *ὁμιλία πραίτωρος* oben Note 5.

84) S. § 82 Note 31.

85) S. § 82 Note 32. An die Nothwendigkeit des Beweises erinnert auch Schmidt cit. S. 277 Note 1, aber ohne die natürlichste Sicherung desselben, die schriftliche Verzeichnung des Interdicts, anzunehmen. S. 233. Selbst der Name des interdicirenden Prätors kam im Judicium zur Sprache. *Cic. ad fam.* VII. 21. Sponsio: SI BONORUM TURPILIAE POSSESSIONEM Q. CAEPIO PRAETOR EX EDICTO SUO MIHI DEDERIT. *cf. L. 1. pr. D. quor. bonor.* (43, 2). EX EDICTO MEO. *Cic. pro Caec.* 8. P. Dolabella Praetor interdixit. *cf. Gai.* IV. § 46.

86) S. Note 98. 99. Schmidt cit. S. 219 Note 3 und Rudorff Rechtsg. II. § 69 Note 6 beziehen es auf den Kläger, der dem Beklagten durch Edition des Interdicts wie der actio seinen Anspruch bekannt mache. Allein dieser Zeitpunkt und der des interdictum redditum fallen keineswegs zusammen. *Arg. L. un. C. I. de lit. cont.* (3, 9).

men der Partheien, insofern diese darin namentlich angeredet werden[87]), und mit individueller Bezeichnung der Sache, um die es sich handelt[88]). Indessen hatte der Prätor, wie bei den Actionen, seinen Interdictsformularen um Formfehler zu verhüten eine gewisse Weite gegeben[89]), und überdies mußten sie als bedingte Befehle die nähere Bestimmung des Streitgegenstandes der Untersuchung des Geschwornen überlassen[90]). Niemals konnte derselbe schon zum voraus so bestimmt bezeichnet

87) *Cic. pro Tullio* 29. Videtis Praetores per hos annos intercedere hoc interdicto, velut inter me et M. Claudium: UNDE DE DOLO MALO TUO, M. TULLI, M. CLAUDIUS AUT FAMILIA AUT PROCURATOR EIUS VI DETRUSUS EST, cetera ex formula. Vgl. das allgemeine Formular in *L. 1. pr. D. de vi* (43, 16). Praetor ait: UNDE TU ILLUM VI DEIECISTI *rel.* Beispielsweise Namen enthalten *L. 1. pr. D. de lib. exhib.* (43, 30). QUI QUAEVE IN POTESTATE L. TITII EST *rel. L. 3. pr. eod.*

88) Wenn es im Formular heißt: UTI EAS AEDES oder EUM FUNDUM POSSIDETIS, oder UTRUBI HIC HOMO MAIORE PARTE HUIUSCE ANNI FUIT, so wird der Name des Grundstücks oder des Sklaven substituirt. Vgl. *L. 1. pr. D. de exhib.* (43, 5). QUAS TABULAS L. TITIUS AD CAUSAM TESTAMENTI SUI PERTINENTES RELIQUISSE DICETUR *rel. L. 3. pr. D. de lib. exhib.* (43, 30). SI LUCIUS TITIUS IN POTESTATE — EST *rel.*

89) Z. B. de itinere actuque privato. *L. 1. § 4. D. de itin. act. priv.* (43, 19). factum sive immissum. *Dig.* 43, 8. 12. 13. purgare reficere. *Dig.* 43, 23. u. s. w. Auch das Wort UNDE, das von jeher beim interdictum de vi gebraucht wurde, deutet nur den Ort an, von wo der Kläger mit Gewalt vertrieben worden (detrusus), vgl. *Cic. pro Caec.* 8. und der Besitz (cum ille possideret) wurde als exceptio behandelt, die bei vis armata wegfiel. *Cic. pro Tullio* 44. *sq. pro Caec.* 31. *cf. Keller, Sem.* II. *p.* 301. 313. 338. *sqq.* Erst die spätere Jurisprudenz entwickelte den Begriff der deiectio bestimmter und consequenter als gewaltsame Entziehung des Besitzes. *L. 1. §§ 9. 10. 23. D. de vi* (43, 16). Auch bei den Interdicten zum Schutz der res sacrae und publicae wird sowohl die Sache, der locus sacer, publicus, die via publica u. s. w. als der Eingriff NE QUID nur allgemein angegeben.

90) Bedingt im Ausdruck mit SI, oder was gleichbedeutend ist, mit Relativen, z. B. QUORUM BONORUM, QUOD TU LEGATORUM NOMINE, QUEM IN LOCUM *L. 20. pr. D. de op. n. n.* (39, 1), UTI POSSIDETIS *L. 1. pr. L. 3. § 6. D. uti poss.* (43, 17), QUAE ARBOR *L. 1. pr. § 7. D. de arb. caed.* (43, 27). *cf. L. 1. C. de interd.* (8, 1) u. s. w., oder doch der Sache nach bedingt. Schmidt S. 8 folg. bemerkt richtig, daß auch die prohibitorischen Interdicte für res sacrae und publicae bedingt sind, obgleich sie unbedingt lauten. *Dig.* 43, 6. 8. 11. 12–15. Die rechtliche Eigenschaft dieser Sachen konnte zwar auch als Bedingung des Interdicts Gegenstand der Entscheidung des Judex sein, sein Urtheil änderte aber ihre Qualität an sich nicht.

werden, daß die solenne Clausel QUA DE RE AGITUR überflüssig gewesen wäre [91]). Alles dieß bezog sich auf den Klaggrund. Aber auch die Einreden des Beklagten (exceptiones), wenn sie nicht weil sofort klar die Versagung des Interdicts bewirkten, sondern zur Untersuchung des Judex gestellt werden sollten [92]), mußten schon dem Interdict eingerückt werden [93]). Einige derselben waren gewissen Interdicten so wesentlich eigen, daß sie im Edict dem Formular als ständige Clauseln einverleibt und als positive Bedingungen des prätorischen Befehls gefaßt werden konnten [94]). Andere wurden auf Antrag des Beklagten im einzelnen Fall, mit oder ohne causae cognitio, denselben eingerückt [95]).

Die Wirkung des erlassenen Interdicts besteht im Allgemeinen in der Verpflichtung dessen, an den der Befehl oder das Verbot gerichtet ist, zur Folgeleistung. — Zwar ist schon durch die Ankündigung im Edict in thesi ein Recht des Klägers, also auch eine Verpflichtung des Beklagten anerkannt [96]). Allein diese

91) *Keller, Sem.* II. *p.* 296. *sqq.* Dagegen will Schmidt cit. S. 228 folg. ihren Gebrauch auf die Fälle beschränken, wo sie unsre Quellen verzeichnen.

92) *L. 3. § 13. D. de hom. lib. exhib.* (43, 29). *cf. L. 1. § 4. D. de lib. exhib.* (43, 30).

93) Schmidt cit. S. 95—115. 230 folg. Und dann ebenso der Sponsion und der Formula. *Lex Rubr. c.* 19.

94) So die exceptio vitiosae possessionis: NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO. *Cic. pro Caec.* 32. *pro Tullio* 44. *sq. ad fam.* VII. 13. *L. 1. pr. D. uti poss.* (43, 17). *L. 1. pr. D. de superficieb.* (34, 18). *L. 1. pr. L. 3. § 4. D. de itiner.* (43, 19). *L. 1. pr. § 29. D. de aqua cott.* (43, 20). *L. 1. pr. D. de fonte* (43, 22) u. s. w., und die Einrede der Verjährung: IN HOC ANNO. *Cic. pro Tullio* 44. *ad fam.* XV. 16. *L. 1. pr. D. quod vi* (43, 24), wo statt ID zu lesen ist: INTRA ANNUM oder ähnlich. Causa cognita wird diese Einrede auch weggelassen. *L. 15. §§ 5. 6. D. eod.*

95) Z. B. beim interd. quod vi aut clam: QUOD NON TU VI AUT CLAM FECISTI. *L. 7. § 3. D. quod vi* (43, 24), QUOD INCENDI ARCENDI CAUSA FACTUM NON SIT § 4.; bei ne quid in flumine publico: NISI RIPAE TUENDAE CAUSA FACTUM SIT, oder: EXTRA QUAM SI QUID ITA FACTUM SIT, UTI LEGE FIERI LICUIT. *L. 1. § 16. D. de flum.* (43, 12). *L. 1. § 6. D. ne quid in flum. publ.* (43, 10). Gegen das interd. de liberis exhibendis item ducendis wird der Mutter und dem Ehemann ex causa eine Exception gegeben. *L. 1. §§ 3. 5. D. de lib. exhib.* (43, 30).

96) Interdictum actori competit, reus interdicto tenetur. *L. 2. §§ 37. 39. D. ne quid in loco publ.* (43, 8). *L. 1. §§ 3. 4. D. ne quid in fl. publ.* (43, 13) und sonst oft.

Verheißung bedarf der Erfüllung im einzelnen Fall durch eine Jurisdictionshandlung des Prätors, nämlich den Erlaß des Interdicts, der nun eine wirkliche Obligatio des Beklagten begründet[97]). Indeß, auch diese ist eine bedingte, prozessualische Verpflichtung, wie die der Litiscontestation, deren Verwirklichung noch von dem weitern Verhalten des Beklagten und von der Verfolgung der Sache durch den Kläger abhängt. Der Erfolg des Prozesses aber wird, wie der Eintritt einer Bedingung auf den Contract oder wie im Actionenprozeß auf die Litiscontestation, auf den Erlaß des Interdicts zurückbezogen, so daß sowohl die Bedingungen[98]) als der Gegenstand der Klage nach diesem Zeitpunkt beurtheilt, dem Kläger also von da ab Ersatz für jede culpose Beschädigung[99]) und jede Erweiterung (omnis causa) prästirt wird[100]).

Mit dem Erlaß des Interdicts ist also die Sache nicht zu Ende, sondern die Untersuchung über dessen thatsächliche Bedingungen und die Entscheidung durch Geschworne, Einen Judex oder Recuperatoren, nach Maßgabe entsprechender Formeln nur vorbereitet[101]). Dieser weitere Verlauf des Prozesses[102]),

97) Von dem wirklich erlassenen Interdict sagt *L. 1. § 32. D. de vi* (43, 16). tenet interdictum. In *L. 52. § 6. D. de obl. et act.* (44, 7) oben Note 64, geht ex edicto perpetuo auf jene hypothetische Obligation, magistratu auf diese wirkliche.

98) *Gai.* IV. § 150. qui eo tempore, quo interdictum redditur — possideat. § 166. *cf.* § 160. UTI NUNC POSSIDETIS. *Festus* v. *possessio M. p.* 233. *Paul.* V. 6. § 1. *L. 1. § 2. D. de itin.* (43, 19) = *L. 2. § 4. D. quod leg.* (43, 3). eo tempore, quo interdictum editur.

99) *L. 8. §§ 5. 6. D. de precario* (43, 26). post interdictum editum = *L. 14. § 11. D. de furtis* (47, 2). post interdictum redditum.

100) *L. 3. D. de interd.* (43, 1). *Ulp.* In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt. *L. 4. § 40. D. de vi* (43, 16). *L. 8. §§ 1. 6. D. de precario* (40, 26).

101) *Gai.* IV. § 141. Nec tamen cum quid iusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus Praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri iusserit *rel. Lex Rubria c.* 19. quodque quisque quomque de ea re decernet interdeicetve, seive sponsionem fierei iubebit iudiciumve quod de ea re dabit *rel.* Vgl. *Theophil.* IV. 15. *pr.* oben Note 5. ῥυθμίζουσα τὸν δικα-

der jeden Falls innerhalb Eines Jahres, für welches das Interdict seine Kraft behält, beginnen muß [103]), ist aber verschieden, je nachdem per sponsionem oder per formulam arbitrariam verfahren wird. Jenes ist bei prohibitorischen Interdicten immer der Fall; bei restitutorischen und exhibitorischen bald das Eine, bald das Andre [104]). Wir beginnen mit letztern, denen allemal ein einfacher Anspruch auf Restitution oder Exhibition zum Grunde liegt, bei denen also der Eine, der dieß verlangt, Kläger, der Andre, von dem es verlangt wird, Beklagter ist (interdicta simplicia) [105]). Die prohibitorischen Interdicte sind schon deshalb abweichender Natur, daß durch sie eine zukünftige

στῆν, ὅπως χρὴ κρίνειν. Hierauf geht *Cic. pro Caec.* 14. est actio per interdictum constituta. *Agg. Urb. ed. Lachm. p.* 80, 25. interdicti formula litigatur. *Paul.* IV. 7. § 6. interdicto reddito agi. — Wann Ein Judex, wann und warum, z. B. im Fall der Rede des Cicero für Cäcina de vi armata, Recuperatoren bestellt wurden, wissen wir nicht. Denn nicht bloß bei der Formula arbitraria, sondern auch bei der Sponsio kommt Ein Judex vor. Vgl. *Gai.* IV. § 166.

102) *Gai.* IV. § 161. ordo et exitus interdictorum. § 170. Sed quia nonnullis interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant et ob id non poterat res expediri, Praetor *rel. cf. Agg. Urb. ed. Lachm.* 74, 30. dum cetera ex interdicto diligenter peragantur. — Leider ist in Gaius' Institutionen dieser Abschnitt durch großentheils unlesbare Seiten der veronesischen Handschrift besonders lückenhaft. Wir beschränken uns auf das Gewisse.

103) *Paul.* IV. 7. § 6. *cit.* Note 116. *L. 1. pr. D. uti poss.* (43, 17). Ait Praetor: — VIM FIERI VETO: — neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. S. unten Note 116 und 169. Schmidt cit. S. 249 folg.

104) *Gai. cit.* Note 101. et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, velut cum per sponsionem agetur; sine poena, velut cum arbiter petitur. et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur. *Ulp. Inst. Endl. fr.* VII. *restitutoria et exhibitoria interdicta aut per formumulam* arbitrariam explicantur, aut per sponsionem: prohibitoria vero semper per sponsionem explicantur. *Cic. pro Tullio* 53 in Note 17.

105) *Gai.* IV. § 156. Tertia divisio interdictorum in hoc est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. § 157. Simplicia sunt velut in quibus alter actor, alter reus est, qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria. nam actor est qui desiderat aut exhiberi aut restitui: reus est, a quo desideratur, ut exhibeat aut restituat.

Verletzung verhütet werden soll, und bei einigen derselben wird die Behandlung dadurch noch complicirter, daß Klage und Widerklage in Einem Judicium nothwendig vereinigt sind, jeder von beiden Theilen also Kläger und Beklagter zugleich ist (interdicta duplicia)[106]).

Ist nun A) bei restitutorischen und exhibitorischen Interdicten auf Antrag des Klägers dem widerstreitenden Beklagten durch das Interdict das restituere oder exhibere befohlen, so kann dieser 1) um der Succumbenzstrafe (poena, summa sponsionis) zu entgehen, in demselben ersten Termin um Bestellung eines Arbiter bitten; denn später wird ihm diese Gunst nicht mehr gewährt[107]). In der Sache selbst hat er damit nichts verloren, es liegt darin kein Geständniß seiner Schuld[108]), vielmehr muß der Kläger, wie in jedem andern Judicium, den thatsächlichen Grund seines Anspruchs be-

106) *Gai. cit.* § 158. Prohibitoriorum autem interdictorum alia duplicia, alia simplicia sunt. §§ 159. 160. S. unten Note 128. 137. Erstere sind nur Fälle des iudicium duplex überhaupt. S. oben §§ 87 Note 36 und unten § 99.

107) *Gai.* IV. § 162. Igitur cum restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur, velut ut restituatur ei possessio, qui vi deiectus est, aut exhibeatur libertus, cui patronus operas indicere vellet, modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo. § 163. Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria *rel.* § 164. Observare debet is, qui volet arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex iure exeat, id est antequam a Praetore discedat: sero enim petentibus non indulgebitur. *Ulp. Inst. Endl. fr.* VIII. Restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito, si quidem arbitrum postulaverit is cum quo agitur, formulam accipit arbitrariam, per quam arbiter *rel. desunt.* In Cicero's Zeit scheint bei vis armata die Erbittung eines arbiter versagt gewesen zu sein. *Huschke, de causa Siliana,* Studien S. 15. *Analecta p.* 178. *sq. Keller, Sem.* II. *p.* 340. *sq.* — Daß auch der Kläger einen Arbiter erbitten kann, ist unzweifelhaft, da nur er den Beklagten zur Sponsion provociren, also das strenge Verfahren herbeiführen könnte. Schmidt cit. S. 268 folg. Der Beklagte kann ihm dagegen sofort das calumniae iudicium opponiren. S. Note 113.

108) *Gai. cit.* § 163. — quasi hoc ipso confessus videatur, restituere se vel exhibere debere. sed alio iure utimur, et recte *rel. desunt.* Der Arbiter wird rei iudicandae, nicht bloß aestimandae causa bestellt. *cf. L.* 25. *§ 2. D. de leg. Aquil.* (9, 2). *L.* 3. *L.* 6. *§ 2. D. de confessis* (42, 2).

weisen. Denn da das Interdict ein bedingter Befehl ist, z. B. UNDE TU ILLUM DEIECISTI — ID ILLI RESTITUAS, so kann auch die zur Ausführung desselben bestimmte Formel (formula interdicti) den Judex nur dann zur Condemnation des Beklagten anweisen, wenn jene Voraussetzung begründet und diese Bedingung erfüllt, also z. B. der Beklagte besessen hat und durch den Beklagten seines Besitzes gewaltsam entsetzt ist[109]), auch der Beklagte diesem Befehl nicht Folge geleistet, d. h. nicht restituirt hat[110]). Als Formula arbitraria gewährt sie diesem jedoch den Vortheil, daß er im Lauf des Judiciums noch Einmal durch das Arbitrium des Judex zur Restitution oder Exhibition aufgefordert und, wenn er jetzt nur Folge leistet, absolvirt wird[111]).

109) *Gai.* IV. § 143. in Note 101. editis formulis quaeritur, an aliquid adversus Praetoris edictum factum sit. Schon durch Aufstellung des restitutorischen Interdicts, z. B. de vi, in seinem Edict hatte der Prätor die gewaltsame Dejection verboten. Die Formel faßt *Keller, Sem.* II. *p.* 300. Note 11 mit Einschluß der exceptio vitiosae possessionis (*cf. Lex Rubr. c.* 19.) so: SI PARET AULUM AGERIUM A NUMERIO NEGIDIO DE FUNDO CORNELIANO, QUO DE AGITUR, VI DEIECTUM ESSE, CUM POSSIDERET, QUOD NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO A NUMERIO NEGIDIO POSSIDERET.

110) *Gai.* IV. § 141. Note 101. quaeritur, — an factum non sit, quod is (*sc. Praetor*) fieri iussit. § 163. quodsi nec restituerit, neque exhibuerit, quanti ea res est, condemnatur. *L.* 2. *§* 2. *D. quor. bon.* (43, 3). *L.* 3. *§* 11. *D. de tab. exhib.* (43, 5). *L.* 2. *§* 44. *D. ne quid in loco publ.* (43, 8). *L.* 15. *§* 7. *D. quod vi* (43, 24). *L.* 8. *§* 4. *D. de precario* (43, 26).

111) Die condemnatio mit dem arbitrium de restituendo lautete: NISI EUM FUNDUM — NUMERIUS NEGIDIUS AULO AGERIO RESTITUAT, QUANTI EA RES EST, CONDEMNA S. N. P. A. *Gai. cit.* § 163. nam iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine poena exhibet vel restituit, et ita absolvitur. *L.* 13. *§* 9. *D. de acq. poss.* (41, 2). iussu iudicis restituta. *L.* 21. *pr. D. quod vi* (43, 24). Si opus, quod quis iussus est a iudice, qui ex hoc interdicto sumptus est, restituere *rel.* Die Art und Weise der Restitution und den Umfang derselben zu bestimmen lag im Officium Judicis. *L.* 5. *D. de interd.* (43, 1). *L.* 2. *§* 43. *D. ne quid in loco publ.* (43, 8). *L.* 15. *§§* 7. 11. *D. quod vi* (43, 24). So auch die Bewilligung oder Versagung einer Frist. *L.* 4. *§* 2. *D. de hom. lib. exhib.* (43, 29). Bei dem interdictum de vi wurde die Rückgabe der bei der Dejection abhanden gekommenen beweglichen Sachen zwar nicht in dem Restitutionsbefehl des Prätors, aber in der Formel ausdrücklich vorgeschrieben. *L.* 1. *pr. D. de vi* (43, 16). *Keller, Sem.* II. *p.* 298. *sqq.* Anders Schmidt cit. S. 35.

Nur der beharrliche Ungehorsam (contumacia) auch in diesem Stadium des Prozesses wird durch die Condemnation zum eidlich bestimmten, höhern Interesse (iusiurandum in litem) gestraft [112]). Andrerseits läuft auch der Kläger, wenn er unterliegen sollte, keine andre Gefahr als die der Sache selbst; denn wie der Beklagte, so hat auch er kein Succumbenzgeld (restipulationis summa) promittirt [113]). Nur der wissentlich ungerechten Klage kann dieser die allgemeine calumniae actio entgegensetzen, die bei Interdicten auf den vierten Theil des Klagobjects geht [114]).

Hat dagegen 2) der Beklagte im ersten Termin die Erbittung eines Arbiter versäumt, so ist ihm dieses Recht verloren und er läuft nun die Gefahr ein Succumbenzgeld zahlen zu müssen [115]). Denn nun hat er zu erwarten, daß innerhalb des Jahres, für welches das Interdict gilt [116]), in einem zweiten Termin, den der Kläger durch ein Vadimonium sich zu sichern nicht leicht unterlassen wird [117]), wenn er auch bis dahin dem

112) *L. 15. § 9. D. quod vi* (43, 24). *L. 3. § 14. D. de tab. exhib.* (43, 5). *L. 19. C. I. unde vi* (8, 4). Vgl. § 94 Note 68. Die Vollstreckung des Arbitrium, von welcher *L. 68. D. de rei vind.* (6, 1) auch in Bezug auf die restitutorischen Interdicte spricht, fand in dieser Periode gewiß noch nicht statt.

113) *Gai. cit.* § 163. Sed actor quoque sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere, neque restituere quidquam oportet. Vgl. Huschke, Studien S. 331.

114) *Gai. cit.* § 163. praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit. *cf.* §§ 174—176. 178.

115) *Gai.* IV. § 165. Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur. Für dieß Verfahren insbesondre vgl. Huschke, Studien S. 1—24. Schmidt cit. S. 235 folg.

116) *Paul.* IV. 7. § 6. Edicto perpetuo cavetur, ut si tabulae testamenti non appareant, de eorum exhibitione interdicto reddito intra annum agi possit. Auch die Worte des Edicts *L. 1. pr. D. de vi* (43, 16). — de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum (*sc. post interdictum redditum*) — iudicium dabo, sind hierauf zu beziehen.

117) *Gai.* IV. § 184. Qui autem in ius vocatus fuerit ab adversario, ni eo die finitum fuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti. *cf. Gai.* IV. § 141. Nec tamen — peractum est negotium. Von einer dilatio redet auch *L. 1. § 10. D. de itinere* (43, 19). Ohne Zweifel konnte, wenn der Beklagte we-

prätorischen Befehl nicht Folge geleistet hat [118]), der Kläger ihn zu der Sponsion provocirt: ob er nicht dem Edict des Prätors zuwider nicht restituirt oder exhibirt habe [119])? Der Beklagte kleidet dann seinen Widerspruch in dieselbe Form, indem er behauptet: er habe restituirt oder exhibirt, will aber durch diesen eigenthümlichen Ausdruck nur die Voraussetzung des Interdicts und, daß ihm weitere Folge zu geben sei, bestreiten [120]). Die Formel der Sponsion, zu deren Eingehung der Prätor ihn nöthigt [121]), wird daher unter Leitung desselben so gefaßt, daß der Grund des klägerischen Anspruchs und die Exceptionen des Beklagten [122]) die Bedingung des Versprechens einer bestimmten Strafsumme bilden [123]). Dieselbe Summe restipulirt dann der Be-

der die Bestellung des Arbiter, noch die Bewilligung einer Frist verlangte, die Sponsion auch sofort eintreten. *Cic. pro Caec.* 8. Dolabella Praetor interdixit, ut est consuetudo, de vi hominibus armatis, sine ulla exceptione, tantum ut, unde deiecisset restitueret. Restituisse se dixit. sponsio facta est. hac de sponsione vobis iudicandum est

118) Nur vollständige Restitution liberirt ihn. *L. 1. § 32. D. de vi* (43, 16).

119) *Gai. cit.* § 165. Nam actor provocat adversarium sponsione: NI CONTRA EDICTUM PRAETORIS NON EXHIBUERIT AUT NON RESTITUERIT. Die Provocation beginnt mit NI, die Sponsio selbst mit SI. Vgl. Huschke, Studien S. 12 folg. Für CONTRA oder ADVERSUS EDICTUM denselben S. 9 Note 16. Es heißt soviel als gegen das nach Maßgabe des Edicts erlassene Interdict. *cf. Cic. pro Caec.* 29. decreto Praetoris. Schmidt cit. S. 239 folg.

120) *Cic. pro Caec.* 8. Note 117. restituisse se dixit. *c.* 29. eo restituere iussus sum. restituisse te dixisti. nego me ex decreto Praetoris restitutum esse. *c.* 32. Itaque is, qui se restituisse dixit, magna voce saepe confiteri solet, se vi deiecisse: verum illud addit, non possidebat; vel etiam cum hoc ipsum concessit, vincit tamen sponsione, si planum facit, ab se illum aut vi, aut clam, aut precario possedisse, Dieser sonderbare Ausdruck scheint ein Ueberbleibsel des ältesten Interdictsverfahrens, wo der Prätor erst nach gewonnener Ueberzeugung den Restitutionsbefehl erließ und nur die Frage übrig blieb, ob ihm Folge geleistet sei.

121) *Lex Rubria c.* 19. seive sponsionem fieri iubebit. Daß die Sponsion nicht nothwendig durch DARE SPONDES? SPONDEO, sondern auch durch DABIS? DABO u. s. w. eingegangen wurde, bemerkt Schmidt cit. S. 244.

122) *Lex Rubr. cit.* is (*sc. magistratus*) in id decretum interdictum sponsionem iudicium exceptionem addito addere iubeto *rel.* Vgl. Schmidt cit. S. 103 folg.

123) Die bei *Cic. ad fam.* VII. 21. stückweis erwähnte Sponsio

klagte vom Kläger für den Fall, daß dieser unterliegen sollte, und Beide ediren sich gegenseitig die diesen Stipulationen entsprechenden Klagformeln [124]), nach welchen der Judex mit Rücksicht auf den Erfolg der Untersuchung dem Einen oder dem Andern zunächst die stipulirte Straffumme zuspricht, mittelbar zugleich ihm den Sieg in der Sache selbst zuerkennt. Dem Beklagten als Sieger ist damit genug gethan; nicht so dem Kläger, der das eigentliche Klagobject, die Restitution oder Exhibition, zu erlangen wünscht. Deshalb fügt er von vornherein bei Edition der Sponsionsklage dieser eine zweite Formula hinzu, durch welche der Prätor denselben Judex anweist, falls der Kläger die Wette gewonnen und der Beklagte auch dann nicht restituirt oder exhibirt, ihn zum Interesse zu condemniren [125]). Die Formel dieses dem Sieg mit der Sponsionsklage folgenden Judiciums (iudicium secutorium) ist uns nicht erhalten. Jeden Falls war sie in ihrer Intentio in factum concipirt [126]) und

bei dem interdictum quorum bonorum restituirt Huschke, Studien S. 11 so: SI BONORUM TURPILIAE POSSESSIONEM Q. CAEPIO PRAETOR EX EDICTO SUO MIHI DEDIT, QUOD DE HIS BONIS PRO HEREDE AUT PRO POSSESSORE POSSIDES, QUODQUE DOLO MALO FECISTI, UTI DESINERES POSSIDERE, ID SI CONTRA ILLIUS PRAETORIS EDICTUM MIHI NON RESTITUISTI, TOT NUMMOS DARE MIHI SPONDES? SPONDEO. Die Höhe der summa sponsionis wird nirgends, wie doch bei pecunia certa credita und constituta, angegeben, wurde also wohl im einzelnen Fall vom Kläger (mit Eid vor Gefährde? *Huschke, Iurispr. antei. p.* 299. Note 183) gefordert und damit die gleiche summa restipulationis angeboten, auch ohne Zweifel durch den Prätor genehmigt oder ermäßigt.

124) *Gai. cit.* § 165. Note 119 ille (*sc. reus*) autem adversus sponsionem adversarii (*sc. actoris*) restipulatur. deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario; ille huic invicem restipulationis *rel.* Ueber die Fassung der Restipulation s. Schmidt cit. S. 247 folg.

125) *Gai. cit.* sed actor sponsionis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda, vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur, *adversarius quanti ea res erit condemnetur.* So auch Schmidt cit. S. 254 folg. Dagegen Huschke, *Iurispr. antei. p.* 299. Note 183 ergänzt den Text so: tantidem, quanti sponsio sit, nimmt also an, daß die summa sponsionis vom Kläger seinem Interesse gleich taxirt, also von dem Beklagten dann das Duplum dieses Interesses präſtirt worden sei.

126) Huschke, Studien S. 8 reproducirt in dem Restitutions-

durch ein Arbitrium auf Restitution oder Exhibition als das eigentliche Klagobject gerichtet, dessen beharrliche Nichtleistung auch hier durch die eidliche Bestimmung des Interesses (iusiurandum in litem) gestraft werden konnte [127]).

B) Bei den prohibitorischen Interdicten und zwar 1) den einfachen (interdicta simplicia), wo nur der Eine Kläger, der Andre Beklagter ist [128]), kann es, wenn nicht das verbotene Thun, sondern nur die Bedingungen des Interdicts bestritten worden sind, z. B. die Ausübung der Wegegerechtigkeit an dreißig Tagen des letzten Jahres (de itinere actuque privato), oder das Recht des Klägers den Weg zu bessern (de itinere reficiendo), oder das Ueberhängen des Baumes (de arboribus caedendis) u. s. w. zur sofortigen Anwendung eines Judiciums und zwar immer mittelst einer Sponsion kommen [129]), in welcher zwar von geschehener Gewalt gegen das Verbot des Prätors die Rede ist [130]), aber nur um unter dieser Form die Entscheidung über das Recht herbei zu führen. Das Gewöhnliche aber ist, daß eben nur dieß gedrohte und verbotene Thun den wirklichen Gegenstand des Streits bildet, und dann wird der Kläger abwarten, ob der Beklagte durch Ungehorsam gegen das Interdict ihm zur Klage Veranlassung giebt; also z. B. ob der Beklagte eine den allgemeinen Gebrauch störende Anlage auf dem öffentlichen Wege, in dem öffent-

versuch dieser Formel, wie in der formula arbitraria Note 109, die Bedingungen des Interdicts. Schmidt cit. S. 258 restituirt so: SI AULUS AGERIUS NUMERIUM NEGIDIUM SPONSIONE VICIT, was mir der Natur des iudicium secutorium, quod sequitur sponsionis victoriam (*cf. Gai.* IV. §§ 165. 169.) mehr zu entsprechen scheint.

127) *Gai. cit.* Note 125. iudicium de re restituenda vel exhibenda. Vgl. oben Note 111. 112. Die Formula arbitraria wurde hier im Interesse des Klägers, nicht um den Beklagten zu begünstigen gegeben.

128) *Gai.* IV. § 159. Simplicia sunt, quibus prohibet Praetor, in loco sacro aut in flumine publico ripave eius aliquid facere reum. Nam actor est qui desiderat ne quid fiat, reus is est qui aliquid facere conatur.

129) Anders Schmidt cit. S. 249. Ueber die Nothwendigkeit der Sponsion s. oben Note 104.

130) *Cic. pro Caec.* 16. Sponsionem: NI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS VIS FACTA ESSET. Vgl. unten Note 157.

lichen Flusse macht oder fortbestehen läßt oder sonst ihn in dem Gebrauch derselben hindert, ihn den überhängenden Baum nicht abhauen oder den durch die prätorische Immission ihm angewiesenen Besitz nicht ergreifen läßt[131]) u. s. w. Erfolgt nichts der Art, und darauf wird gerechnet, weil der Beklagte sich nicht der ihm drohenden Strafe aussetzt, so ist der Zweck des Interdicts erreicht und diese Sache zu Ende. Macht sich dagegen der Beklagte eines solchen Ungehorsams schuldig, so wird der Kläger ihn zum zweitenmal vor Gericht ziehen (in ius vocare) und zu der Sponsion provociren: ob er ihm nicht Gewalt gethan oder sonst gegen das Edict gehandelt habe?[132]) Nach Maßgabe dieser Sponsion, der ihr vom Beklagten entgegengestellten Restipulation und den beiden ihnen entsprechenden Formeln untersucht dann der Judex auch in diesem Fall, ob die Voraussetzungen des Interdicts begründet waren und zweitens, ob der Beklagte gegen das prätorische Verbot gehandelt habe[133]), und condemnirt ihn, wenn er dieß findet, zur summa sponsionis und in einem iudicium secutorium zur Zahlung des Interesses[134]). Auch kann er ihm durch ein Arbitrium unter Umständen Restitution[135]) und wegen künftigen Zuwiderhandelns Caution auferlegen[136]).

131) Die Besitzergreifung selbst erfolgt eigenmächtig. *Cic. pro Quintio* 6. 7. *cf. L. 12. § 2. D. de acq. poss.* (41, 2) in Note 7. Schmidt cit. S. 247, unten §§ 114. 120.

132) S. Note 130. *L. 102. D. de reg. iuris* (50, 17). Qui vetante Praetore fecit, is adversus edictum Praetoris fecisse proprie dicitur. *L. 7. D. ne quid in loco publ.* (43, 8) oben Note 7. Schmidt cit. S. 239 folg.

133) *Gai.* IV. § 141. Note 102. quaeritur, an aliquid adversus Praetoris edictum factum sit. Die Form adversus edictum statt interdictum scheint gewählt worden zu sein, um Beides zu befassen. Was der Beklagte vor dem interdictum redditum gethan, kommt nicht in Betracht. *L. 2. pr. D. ne quid in loco publ.* (43, 8). *L. 1. § 12. D. ne quid in fl. publ.* (43, 13).

134) Die Beschreibung dieses Verlaufs ist bei *Gai. p.* 243. unlesbar, aber nach Analogie der interdicta duplicia nicht zweifelhaft. Für die Condemnation zum Interesse s. *L. 1. § 34. D. ne quid in loco publ.* (43, 8). *L. 3. § 3. D. de itinere* (43, 10). *cf. L. 9. D. de relig.* (11, 7).

135) *L. 7. cit.* Note 7. *L. 1. §§ 1. 2. 3. D. de aqua cott.* (43, 20).

136) *L. 2. § 18. D. ne quid in loco publ.* (43, 8).

2) Interdicta prohibitoria duplicia sind hauptsächlich die beiden interdicta retinendae possessionis, UTI POSSIDETIS und UTRUBI [137]), die um ihrer praktischen Wichtigkeit und ihres complicirten Verfahrens willen eine besonders sorgfältige Betrachtung erheischen [138]).

Ihre Formulare, die ohne Zweifel schon der Zeit der Legis Actiones angehören [139]), enthalten ein an die Partheien, die sich beide Besitz in Bezug auf die Sache zuschreiben, gerichtetes Verbot, nicht Gewalt zu gebrauchen [140]), das Eine in Bezug auf ein Grundstück [141]), das Andre in angemessener Modification für eine bewegliche Sache [142]), offenbar ein Fall, wo Ge-

137) *Gai.* IV. §§ 140. 148—153. 160. *L. 2. pr. § 3. D. de interd.* (43, 1). *§ 4. I. eod.* (4, 15). *Dig.* 43, 17. *uti possidetis.* 31. *de utrubi.* Duplex ist auch das Int. de superficie *Dig.* 43, 18., welches in Bezug auf den Grundbesitzer mit dem int. uti possidetis combinirt wird *L. 3. § 7. D. uti poss.* (43, 17); und gewöhnliche einfache Interdicte konnten unter Umständen als duplicia gegeben werden. *L. 1. § 26. D. de aqua cott.* (43, 20).

138) Das Wort des Gromatikers *ed. Lachm. p.* 74, 32. von UTI POSSIDETIS: cuius est executio perplexissima, könnte man auch auf die Schwierigkeiten anwenden, welche die Neuern hier in Benutzung der Quellen gefunden haben. Leider ist der das Verfahren beschreibende Abschnitt bei *Gai.* IV. §§ 166—170. äußerst lückenhaft. — Vgl. Savigny, Besitz §§ 36—39. Keller, Zeitschr. für gesch. RW. XI. 9. Rudorff daselbst 10. Puchta, Instit. § 225. Bruns, das Recht des Besitzes § 6. Schmidt cit. S. 49 folg. 180 folg. 284 folg. Huschke, Gaius S. 187 folg. H. Witte, das Interdictum uti possidetis. Leipzig 1863. 8.

139) UTI POSSIDETIS für den Ager publicus; für UTRUBI s. die Anspielung bei Plautus oben Note 4. Um dieser alten Formulare willen kann ich nicht glauben, daß beide ursprünglich als simplicia gegeben wurden. Rudorff cit. S. 334. Schmidt cit. S. 187.

140) *Gai.* IV. § 140. (*Praetor*) praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat. § 160. Praetor pari sermone cum utroque loquitur *rel.* S. die folgende Note.

141) *Gai.* IV. §§ 149. 160. *cit.* nam summa conceptio eorum interdictorum haec est: UTI NUNC POSSIDETIS, QUOMINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO. *Gallus Aelius* bei *Festus* v. *possessio M. p.* 233. UTI NUNC POSSIDETIS EUM FUNDUM *rel. L. 1. pr. D. h. t.* UTI EAS AEDES — POSSIDETIS *rel.*

142) *Gai. cit.* § 160. item alterius: UTRUBI HIC HOMO, DE QUO AGITUR, APUD QUEM MAIORE PARTE HUIUS ANNI FUIT, QUOMINUS IS EUM DUCAT, VIM FIERI VETO. *cf. L. 1. pr. D. de utrubi* (43, 31). Das Innehaben im Augenblick des Interdicts erschien dem Prätor bei der beweglichen Sache allzu zufällig, um es als

walt, und zwar sowohl totale, den Besitz entziehende, als partielle, bloß störende Gewalt unter dem Vorwand erlaubter Vertheidigung im Besitz besonders zu fürchten ist. In der Sache liegt also kein Grund, für diese älteste Zeit im Widerspruch mit den Worten des Prätors den Zweck dieser Interdicte in etwas andrem als in der polizeilichen Abwendung wirklicher Gewaltthätigkeiten zu suchen [143]). Der weitere Erfolg kann aber für diese Zeit wohl nur dahin bestimmt werden, daß der Prätor, wenn seinem Verbot zuwider wirklich Gewalt vorkam, denjenigen, der nach seiner jetzt gewonnenen Ueberzeugung zur Zeit des Interdicts gar nicht oder vitiöser Besitzer gewesen war, in Strafe nahm und zur Restitution zwang.

Auch in der Zeit des Formularprozesses blieb der Zweck des Interdicts, den gegenwärtigen Besitzer sowohl gegen die drohende Dejection [144]), als gegen partielle Beeinträchtigung [145]),

ius possessionis anzuerkennen. Schon deshalb vertrat es die Stelle eines interdictum recuperandae possessionis, namentlich des interd. de vi, welches der Prätor für bewegliche Sachen nicht aufgestellt hatte. *cf. Gai.* IV. §§ 150—152. *Paul.* V. 6. § 1. *Fr. Vat.* § 311. *Theophil.* IV. 15. § 4. In dem duci der moventia, dem ferri der mobilia zeigt sich vorzugsweise die Herrschaft über die Sache.

143) Nehmlich in der Regulirung des Besitzstandes für die Dauer des Vindicationsprozesses, wofür es überdieß nach dem übereinstimmenden Zeugniß der Quellen damals eine andre Form, das vindicias dicere, gab. S. oben § 42. Daß nicht die Worte des *Gai.* IV. § 148. comparata sunt, und noch weniger die Ulpians in *L. 1. § 2. D. uti poss.* (43, 17) als historisches Zeugniß für den Grund der Einführung gelten können, bemerkt richtig Witte cit. S. 29 folg. Dennoch entscheidet er sich in der Sache dafür.

144) *L. 1. § 4. D. uti poss.* (43, 17). *Ulp.* Est igitur hoc interdictum, quod vulgo UTI POSSIDETIS appellatur, retinendae possessionis: nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet. Et consequenter proponitur post interdictum UNDE VI: illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio. denique Praetor possidenti vim fieri vetat. *cf. Gai.* IV. § 140. Note 140. *Theophil.* IV. 15. *pr.* § 1. *τὴν τοῦ ἀντιδίκου διηγούμενος ἀπειλήν.*

145) *L. 11.* (*fugitiva*) *D. de vi* (43, 16). *Pomp.* Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit. *L. 8. § 5. D. si servitus* (8, 5). *cf. L. 1. § 27. D. de*

die auch als Besitz, d. h. als Ausübung eines beschränkten dinglichen Rechts gedacht werden kann[146]), zu schützen. Neu ist nur, daß es jetzt in Folge des Interdicts zu einem Judicium kommt, in welchem untersucht und entschieden wird, welcher von Beiden zur Zeit des Interdicts sich im Besitz befunden habe, daß es also auch da angewandt werden kann, wo thatsächlich keinerlei Gewalt gedroht, sondern nur Streit über den Besitz ist, unbeschadet der althergebrachten Formel VIM FIERI VETO, in der natürlichen Voraussetzung, daß wer den Besitz für sich in Anspruch nimmt, seinen Willen leicht zur That werden lassen könne. Immerhin mußte die Zulassung des bloßen Rechtsstreits über den Besitz (controversia de possessione) die Vorstellung, daß er selbst ein Recht sei (ius possessionis), wesentlich fördern[147]). Der gewöhnlichste Fall nun des bloßen Streits

aqua cott. (43, 20). Nicht nur gegen den ausdrücklichen Widerspruch des Besitzers, sondern auch gegen seinen präsumtiven Willen. Savigny, Besitz S. 377 folg.

146) Denn nur unter dieser Voraussetzung kann der Prätor Beide anreden: UTI POSSIDETIS, nicht in dem von Thibaut angezogenen Fall nächtlich in das Haus einbrechender Tumultuanten oder des Fenstereinwerfens u. dergl., wo die actio iniuriarum oder legis Aquiliae Platz greift. Vgl. *L. 11. cit. L. 8. § 5. cit. L. 3. §§ 2—7. 9. L. 4. D. uti poss.* (43, 17). *L. 12. D. comm. div.* (10, 3). *L. 5. § 10. D. de op. n. n.* (39, 1). *L. 14. D. de iniuriis* (47, 10). Ob wirklich Besitz behauptet wird, ist gleichgültig. *L. 3. § 2. cit.* etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. Bruns cit. S. 49. Wo die quasi possessio der Servitut mit dem Besitz des herrschenden Grundstücks verbunden ist, z. B. protegendi, oneris ferendi u. A., mußte das interdictum duplex an die Besitzer beider Grundstücke so gerichtet werden: UTI FUNDUM TITIANUM ET SEMPRONIANUM POSSIDETIS. *cf. L. 3. § 6. D. uti poss.* (43, 17). Wie aber in den Fällen, wo die quasi possessio der Servitut durch eigenthümliche Interdicte geschützt wird, z. B. iter, aqua u. A., diese mit dem int. uti possidetis als int. duplex combinirt wurden, wissen wir nicht. — Eine ganz andre Behandlung aller dieser Fälle behauptet Witte cit. S. 109 folg.

147) Es bedarf also weder einer Fiction nach Savigny cit. S. 475, noch einer vis ex conventu nach Bruns cit. S. 46. Die sonderbarste und später wohl von ihrem Urheber selbst aufgegebene Annahme ist die von Keller cit., daß das Meistgebot in der vom Prätor veranstalteten Fruchtversteigerung für vis gegolten habe. — Vgl. meine Recension von Savigny's Besitz in Jahrb. für wiss. Kritik 1838. S. 285 und Schmidt cit. S. 88.

um den Besitz ist, wenn es auf Vertheilung der Partheirollen bei der Vindication per sponsionem oder per formulam arbitrariam ankommt; denn die Legis Actio in rem wurde nach wie vor durch das vindicias dicere vorbereitet[148]); daher derselbe auch als der bestimmungsmäßige Fall dieser Interdicte schlechthin bezeichnet wird[149]).

Noch ein andrer Erfolg und Zweck dieser Interdicte als der Schutz des gegenwärtigen Besitzes, nehmlich die Wiedererlangung des durch Gewalt, Hinterlist oder Treubruch verlornen Besitzes, war ihnen in dieser Periode mit der ältesten Zeit gemein. Denn von jeher hatte der Prätor seinem Verbot die Bedingung QUOD NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, eingerückt[150]), also nur den zu schützen versprochen, der den Besitz nicht vom Gegner in einer Form erlangt hat, die ihn zur Herausgabe desselben verpflichtet[151]). Der Erfolg war dann natürlich nicht, daß er dem Gegner erlaubt hätte, diesen vitiösen Besitzer fortwährend zu beunruhigen oder ihn mit Gewalt zu entsetzen, sondern, wie bei dem recuperatorischen Interdict, welches hierdurch in das interdictum retinendae possessionis hereingezogen wird, die Restitution, die er selbst, der Prätor, verfügte und erzwang. Dasselbe galt für den Formularprozeß, wo diese Bedingung als exceptio vitiosae possessionis der Sponsion und der Formel eingerückt wurde[152]); und diese exceptio konnte unbeschadet des Grundsatzes, daß nur der Beklagte, nicht der Kläger verurtheilt werden könne, die Condemnation des vitiösen Besitzers, der nicht restituirt, bewirken, weil ja nach der Natur des interdictum duplex Jeder von beiden Theilen Kläger und Beklagter zu-

148) S. oben §§ 88. 89. 90.

149) *Gai.* IV. § 148. *Ulp. L. 1. § 3. D. uti poss.* (43, 17). *L. 35. D. de acq. poss.* (41, 1). *L. 13. C. I. de rei vind.* (3, 32). *L. 3. C. I. de interdictis* (8, 1). *L. un. C. I. uti poss.* (8, 6).

150) *Festus* v. *possessio M. p.* 233. *L. 1. pr. D. uti poss.* (43, 17). *Gai.* IV. § 150. *Paul.* V. 6. § 1.

151) *Gai.* IV. § 140. praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat.

152) S. oben Note 94. 122.

gleich ist [153]). Diese Hereinziehung eines recuperatorischen Interdicts in das interdictum retinendae possessionis war auch durchaus praktisch gedacht, weil bei der juristischen Schwierigkeit der Besitzfrage und der Ungewißheit des gerichtlichen Erfolgs [154]) z. B. der Dejicirte, wenn der Dejector noch besaß, bei Anstellung des interdictum uti possidetis die doppelte Chance des Siegs hatte, sowohl wenn er bewies, daß er zur Zeit des Interdicts noch besessen, als daß der Andre ihn mit Gewalt des Besitzes beraubt habe [155]).

Das Verfahren schließt sich wesentlich an das der einfachen prohibitorischen Interdicte an, nur daß seine Duplicität es modificirt und daß es außerdem einen eigenthümlichen Zusatz erhält.

Nach der allgemeinen Bestimmung aller Interdicte werden auch diese nur erlassen, wenn die vor dem Prätor erschienenen Partheien im Streit sind, der allemal den gegenwärtigen, durch Wort oder thatsächliche Drohung von Beiden in Anspruch genommenen Besitz betrifft. Denn wenn Ein Theil den Besitz des Andern anerkennt und ihn nicht beunruhigen zu wollen erklärt (confessio in iure), so kann der Prätor auch hier die Erfüllung dieses Versprechens durch Auferlegung einer Caution sichern. Mit dem erlassenen Interdict können sich die streitenden Theile dann vorläufig genügen lassen, indem Jeder unter dem Schutz dieses obrigkeitlichen Strafbefehls sich in seinem

153) *Gai.* IV. § 160. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet: quippe Praetor pari sermone cum utroque loquitur.

154) *Agg. Urb. ed. Lachm.* p. 74, 29. De loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto diligenter peragantur: magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cuius est executio perplexissima, geht auch auf die materielle Schwierigkeit der Besitzfrage.

155) Die verschiedenen Ansichten der Neuern über diese recuperatorische Wirkung der interdicta retinendae possessionis sind referirt, und die Sache selbst, namentlich die praktische Seite derselben gut ausgeführt von Witte cit. S. 60 folg. Vgl. jetzt Rudorff zu Savigny, Besitz, 7. Ausg. Zusatz 137.

Besitz sicher glaubt und erst nach erneuerter Drohung oder Störung auf das iudicium ex interdicto provocirt [156]). Das Gewöhnliche war aber ohne Zweifel, daß die durch das Interdict vorbereitete Untersuchung und Entscheidung des erklärten Streits sofort ihren Verlauf hatte. Dieser begann mit der gegenseitigen Provocation zu einer Sponsion, die von Jedem dem Andern nach der Formel: SI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS POSSIDENTI MIHI VIS FACTA EST, TOT NUMMOS DARE SPONDES? SPONDEO [157]) gestellt wurde. Ebenso hatte Jeder dem Gegner die entsprechende Restipulation zu bestellen [158]).

Indem aber auf diese Weise ein Judicium von vielleicht längerer Dauer vorbereitet war, entstand, wenigstens bei dem Streit um den Besitz eines fruchttragenden Grundstücks, das Bedürfniß, schon jetzt zum Behuf der Benutzung der Sache durch den Einen oder den Andern und der Sicherung gegen gewaltsame Störung einen unbestrittenen Besitzstand herzustellen. Im Mittelalter hat dasselbe Bedürfniß auf den juristisch nicht lobenswerthen Ausweg geführt, in einem Possessorium summarium oder summariissimum, das sich vom Ordinarium nur durch den unvollständigen Beweis unterscheidet, eine vorläufige Entscheidung der Besitzfrage selbst zu bewirken. Einfacher und correcter kam

156) Die Neueren, die eine thatsächliche oder symbolische Gewalt als wesentliche Bedingung der actio ex interdicto fordern, müssen diese Vertagung der Sache für nothwendig halten. So noch Schmidt cit. S. 285 Note 3 und Witte cit. S. 84. Bruns cit. S. 45 folg. erklärt sich schwankend.

157) *Cic. pro Caec.* 16. giebt die Provocationsformel für alle ähnliche prohibitorische Interdicte, s. oben Note 130, die besondere für diesen Fall *Gai.* IV. § 166. nach Lachmanns Restitution: postea alter alterum sponsione provocat: NISI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS POSSIDENTIBUS NOBIS VIS FACTA ESSET. Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. XI. S. 355 liest POSSIDENTI SIBI. Huschke in derselben XIII. S. 333 folg. als Formel der Sponsion selbst: SI — VIS FACTA EST. Daß auch die exceptio vitiosae possessionis der Sponsion eingerückt wurde, ist zu Note 152 bemerkt.

158) *Gai cit.* invicem ambo restipulantur adversus sponsionem vel *rel. desunt.* Huschke a. a. O. hat aus den folgenden schwankenden Zügen der Handschrift den Sinn herzustellen versucht, daß die Sponsion und Restipulation zu Einer Stipulation verbunden werden konnte, was dahin gestellt bleiben muß.

der Prätor zu demselben Ziel, indem er den Besitz unter den Partheien versteigerte (fructus licitatio) und dem Meistbietenden einstweilen die Detention und die Fruchtperception einräumte, natürlich unbeschadet des Erfolgs im Besitzstreit selbst [159]). Die Zahlung der für die Fruchtnutzung gebotenen Summe Geldes, welche nicht Ersatz der Früchte, sondern Strafe war, mußte dieser Meistbietende durch eine eigene Stipulation (fructuaria stipulatio) versprechen; doch gab der Prätor auch aus der Licitatio selbst ein eigenthümliches iudicium fructuarium, für das der Beklagte satisdatio iudicatum solvi stellte [160]).

Für alle diese Sponsionen und Restipulationen und die Klage aus der Fruchtversteigerung ertheilte der Prätor die entsprechenden Formeln und bestellte für dieselben Einen Judex, der, nachdem sie ihm von den Partheien vorgezeigt waren, auf den in dem Interdict und den Sponsionen ausgedrückten Gegenstand des Rechtsstreits, nehmlich: wer von Beiden zur Zeit des Erlasses die Sache nec vi, nec clam, nec precario besessen habe, seine Untersuchung richtete [161]). Konnte nun der bei der Fruchtversteigerung Unterlegene sein Besitzrecht nicht beweisen, so wurde er nur zur Zahlung der beiden Succumbenzstrafen, der summa sponsionis und restipulationis, condemnirt; der Gegner, der sich als Sieger bei der Fruchtversteigerung im

159) *Gai.* IV. § 166. Hiernach scheint diese fructus licitatio der Sponsion und Restipulation vorausgegangen zu sein und bestimmte vielleicht auch deren Reihenfolge.

160) *Gai.* IV. §§ 167—169. Insofern die für die Früchte gebotene Summe ihrem Werthe gleichkam, wäre also auch hier das Duplum gezahlt worden.

161) *Gai.* IV. § 141. ad iudicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus Praetoris edictum factum sit. Also, sollte man denken, nur: an vis facta sit; allein s. *Gai.* IV. § 166. iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod Praetor interdicto complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi, nec clam, nec precario possideret. *cf. Quintil.* VII. 5, 3. non solum possedisse nos, sed etiam nostrum (= *quasi nostrum, animo domini*) possedisse nos, docere oportebit. Der Ausdruck adversus edictum umfaßte Beides, die Besitzfrage und die der Gewalt im Sinne dieses Interdicts.

Besitz befindet, wurde von denselben Strafen, die er versprochen hatte, absolvirt [162]). War Jenem der Beweis gelungen, so mußte dieser zunächst jene Succumbenzstrafen bezahlen. Aber damit ist Jenem nicht genug gethan, er wünscht den Besitz der Sache, auf den er ein Recht hat, zu erhalten. Deshalb wird ihm von vorn herein vom Prätor eine besondre Formel (iudicium Cascellianum sive secutorium) ertheilt, nach welcher der Judex erst auf Restitution arbitrirt und in deren Entstehen den Beklagten zum einfachen Interesse condemnirt [163]). Außer der Sache selbst muß er natürlich auch die gezogenen Früchte restituiren oder ersetzen und überdieß die bei der Fruchtversteigerung gebotene Summe als Strafe des angemaßten Besitzes bezahlen [164]). Bei partieller thatsächlicher Beeinträchtigung des

162) *Gai.* IV. § 166. *cit.* cum iudex id exploraverit, et forte secundum me iudicatum sit, adversarium quidem et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsionis et restipulationis, quae mecum factae sunt, absolvit *rel.* § 168. Ille autem, qui fructus licitatione victus est, si non probarit ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summam poenae nomine debet.

163) *Gai. cit.* § 166. in der vorigen Note. et hoc amplius, si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur. § 167. Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat, ad se pertinere possessionem, — possessionem restituere iubetur *rel.* § 169. admonendi tamen sumus, liberum esse ei, qui fructus licitatione victus erit, — sicut Cascelliano sive secutorio iudicio de possessione reciperanda experitur *rel.* *L. 3. § 11. D. uti poss.* (43,17). *Ulp.* In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem: QUANTI RES EST sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest, possessionem retinere. *L. 1. pr. eod.* neque pluris, quam quanti res erit — agere permittam, schließt auch für den Fall, daß die Condemnation durch die exceptio vitiosae possessionis bedingt ist, das erhöhte oder indirecte Interesse, wie es bei bei dem pönalen interdictum unde vi geleistet werden muß, aus. Ob der Urheber dieser Klagform der Jurist A. Cascellius war? Rudorff, Rechtsg. I. S. 165. Secutorium hieß auch dieß Judicium, quia sequitur sponsionis victoriam. *Gai.* IV. § 169.

164) *Gai.* IV. § 167. s. vorige Note. si non probat ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine solvere — iubetur: et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit. summa enim

Besitzes ging das arbitrium de restituendo auf Wegschaffung des Hindernisses[165]), und die Condemnation natürlich auf Ersatz des Schadens[166]).

Endlich ist noch die Frage der Verjährung dieser beiden Interdicte zu beantworten[167]). Beim Utrubi erledigt sie sich dadurch, daß nur wer die längste Zeit im letzten Jahr besessen hat, damit durchdringt. Die Forderung aber, daß der streitige Besitz eines Grundstücks festgestellt werde, kann natürlich nicht verjähren, sonst würde der ungewisse Besitzstand verewigt. Daß auch die exceptio vitiosae possessionis nicht verjährt, ist ausdrücklich bezeugt[168]). Die Frage kann also nur sein, wie lange das vom Prätor erlassene Interdict Kraft behalte, und schon nach Analogie andrer Interdicte ist diese auf einen annus utilis zu beschränken, innerhalb dessen also jeden Falls sowohl aus den verschiedenen Stipulationen, deren Geltung durch das Interdict bedingt ist, als mit dem iudicium Cascellianum geklagt werden muß. Für die Beschränkung dieses letztern auf Ein Jahr besitzen wir selbst ein ausdrückliches Zeugniß in den Worten des Edicts, die freilich in Justinians Digesten einen ganz andern Sinn haben[169]). Hatte der Kläger

fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est. *cf.* § 169.

165) *L. 3. § 9. D. uti poss.* (43, 17). *Ulp.* Si vicinus meus in parte mea tectoria habeat et in parte sua, UTI POSSIDETIS mihi efficax est, ut ea tollere compellatur.

166) *L. 3. § 11. cit.* Note 163. *L. 1. pr. eod.* Note 169. Daß die Schadensforderung nicht auf Handlungen vor Erlaß des Interdicts bezogen wurde, wie Savigny cit. § 37 1) annahm, ist jetzt wohl allgemein zugestanden.

167) Witte cit. S. 87 folg. behandelt sie ausführlich, dem ich indeß in mehreren Punkten nicht beistimmen kann.

168) *L. 1. § 5. D. uti poss.* (43, 17). Witte cit. S. 90 rechtfertigt dieß richtig gegenüber dem interdictum unde vi aus der reipersecutorischen Natur des int. uti possidetis, s. oben Note 163 a. E.

169) *L. 1. pr. D. uti poss.* (43, 17). Ait Praetor: — neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. Vgl. Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. XI. S. 359. Bruns cit. S. 52. Schmidt cit. S. 61. 250. Dagegen findet Huschke, Gaius S. 198 in diesen Worten die Verheißung einer Klage auf Ersatz der Reinigungskosten bei

dieses Jahr ungenutzt verstreichen lassen, so konnte er, weil die Sache nicht in iudicium deducirt und consumirt war, auch eine res iudicata nicht vorlag, ein neues Interdict im folgenden Jahr unbedenklich erbitten.

Aus allem über die Interdicte Gesagten ergiebt sich zum Schluß, inwiefern sie summarische Rechtsmittel genannt werden dürfen [170]). Sie begründeten ein strengeres Verfahren und waren somit geeignet, den Beklagten zur freiwilligen Anerkennung des Rechts zu vermögen, also den Prozeß selbst abzuwenden. So schon durch die Drohung des Interdicts, welchem der Beklagte auswich, wenn er vor dem Prätor gleich Alles einräumte und zur Leistung bereit war; sodann durch Erlaß des Interdicts und die Drohung seiner Folgen, denen der Beklagte auch jetzt noch durch freiwilligen Gehorsam entging. Insofern also waren die Interdicte auf schnelle Erledigung der Sache berechnet [171]), und eben deshalb nur da angeordnet und beibehalten, wo diese möglich und nöthig schien, bei Besitzstreitigkeiten und ähnlichen. Kam es aber wegen des Ungehorsams des Beklagten zum wirklichen Prozeß, d. h. zum Judicium, so war das Verfahren um nichts schleuniger als bei Actionen [172]). Ja, weil nach Erlaß des Interdicts dem Beklagten häufig Frist zur Folgeleistung gegeben und erst, wenn diese ungenutzt verstrichen war, die Sache vor dem Prätor wieder aufgenommen wurde, ferner wegen der complicirten Anordnung des Judi-

dem interdictum de cloacis, die aber ihre Stelle bei *L. 1. pr. D. de cloacis* (43, 23) hätte finden müssen. Witte cit. S. 96. 122 beschränkt diese Verjährung auf die Fälle partieller Störung des Besitzes.

170) Ich entlehne das Folgende mit wenigen Zusätzen aus meinem Handbuch S. 390 folg.

171) *L. 22. C. Th. quor. bonor.* (11, 36). *Valentinian. Valens et Gratian. a.* 374. — beneficio celeritatis inventum. Ein spätes Zeugniß, aber deßhalb nicht weniger glaubwürdig.

172) Schon Savigny, Besitz § 34 verweist auf die Rede des Cicero pro Caecina, die keine Spur einer summarischen Behandlung zeige. Auch Recuperatoren, wenn deren Verfahren ein beschleunigtes gewesen sein sollte, wurden nicht immer und nicht ausschließend bei den Interdicten bestellt.

ciums durch Sponsionen und vielerlei Formeln, entstand leicht ein Verzug, der dem Actionenprozeß fremd war.

Summarisch in jenem andern Sinn, daß auf halben Beweis und bloß provisorisch eine Frage entschieden wird, die nachher eine nochmalige und definitive Untersuchung erfährt, waren sie noch weniger. Denn der Prätor erließ seinen Befehl ohne allen Beweis, und der Judex verlangte diesen so vollständig, wie bei der Actio [173]). Jener Befehl freilich wurde so wenig, als unsre Mandate rechtskräftig, weil er auf keine Untersuchung gegründet und kein Urtheil war [174]); es war also denkbar, daß der Beklagte, der dem Interdict freiwillig Folge geleistet, nachdem er seinen Irrthum eingesehen hatte, wegen derselben Sache wieder klagend auftrat. Das Urtheil des Judex aber, es mochte sich nun als Arbitrium auf die Restitution oder Exhibition und deren Bedingungen, oder auf die Sponsion oder endlich auf die Verpflichtung zum Schadensersatz beziehen, wurde rechtskräftig und bestimmte das streitige Rechtsverhältniß definitiv [175]). In vielen Fällen ist dieses selbst nur ein provisorisches, schwächeres Recht, insbesondere Besitz, und kann durch ein stärkeres petitorisches Rechtsmittel wieder aufgehoben werden. Allein der Grund hiervon liegt nicht im Interdictsprozeß, sondern in dem materiellen Verhältniß dieser verschiedenen Rechte zu einander [176]); dasselbe würde daher stattfinden,

173) Vgl. z. B. *Cic. pro Tullio* 45. *pro Caec.* 32. *Gai.* IV. §§ 166—168. *Quintil.* VII. 5, 3. oben in Note 78. 120. 161. 162. 164.

174) *L. 14. D. de re iud.* (42, 1). *Celsus.* Quod iussit vetuitve Praetor, contrario imperio tollere et repetere licet: de sententiis contra.

175) Vgl. die gründliche Ausführung von Huschke, Studien S. 385 folg.

176) *L. 14. § 3. D. de re iud.* (42, 1). *Paul.* Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur. *L. 1. § 2. D. quod leg.* (43, 3). *Ulp.* Redigit igitur (*sc. Praetor*) ad heredem per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarii possint eum convenire. Die exhibitorischen Interdicte sind ihrer Natur nach präparatorisch für eine andre Sache. *L. 3. § 1. D. de lib. exhib.* (43, 30). Wegen dieses vorübergehenden Erfolgs erklärt *Isidor. Orig.* V. 25., gewiß nach einer ältern Quelle, interdicta durch interim dicta.

wenn z. B. die possessorischen Klagen in Form der Actio angestellt würden und findet sich dagegen bei allen den Interdicten nicht, welche petitorische Rechtsmittel sind [177]).

---

2. Die Vertheidigung (defensio — exceptio).

§ 99. Der Klage (actio), die als Angriff des Klägers gegen den Beklagten betrachtet werden kann, insofern sie durch Vermittelung des Richters einen positiven Erfolg, die Anerkennung des klägerischen Rechts und die entsprechende Leistung des Beklagten bewirken soll, also dessen Verurtheilung (condemnatio) bezweckt, tritt die Vertheidigung des Beklagten (defensio) [1]) entgegen, die nur ein negatives Ziel hat, die Zurückweisung der Klage durch den Prätor (denegatio actionis) [2]) oder die Freisprechung durch den Judex (absolutio); niemals die Verurtheilung des Klägers [3]). So in dem einfachen Rechtsstreit; anders freilich in den Fällen, wo gewissermaßen ein doppelter Rechtsstreit in entgegengesetzter Richtung Einen Prozeß bildet, wo also Jeder von beiden Theilen Kläger und Beklagter zugleich ist. Dahin gehören 1) die so eben erörterten interdicta duplicia, bei welchen beide Partheien dasselbe Recht (ius possessionis) für sich in Anspruch nehmen [4]); 2) die Status-

177) *L. 1. § 45. D. de aqua cott.* (43, 20). *cf. L. 3. § 13. D. de itinere* (43, 19), oben Note 22. Auch kann im Possessorium die Eigenthumsfrage als Bedingung des Besitzes zur Sprache kommen. *L. 40. § 3. D. de acq. poss.* (41, 2). *L. 4. § 2. D. de precario* (43, 26).

1) *L. 33. § 4. D. de procur.* (3, 3). *L. 1. § 2. D. quod cui. un. nom.* (3, 4). *L. 21. § 3. D. quib. ex causis mai.* (4, 6) u. s. w.

2) S. § 86 Note 23—30 und unten Note 42.

3) Der entscheidendste Beweis dafür liegt in der Condemnatio der Formula, die den Judex allemal nur anwies, entweder den Beklagten zu Gunsten des Klägers zu condemniren, oder ihn zu absolviren. S. § 87 Note 30. Sonst aber wird es überall vorausgesetzt. Z. B. in *L. 18. § 4. D. commodati* (13, 6).

4) S. § 98 Note 137.

klagen, wo der Eine eine Gewalt, der Andere die Freiheit von derselben behauptet und wo auch der Beklagte die positive Anerkennung seiner Behauptung erlangen kann[5]); 3) die Theilungsklagen, durch welche Beide die Auseinandersetzung und Aufhebung der Gemeinschaft nach Einer Formel verlangen (iudicia duplicia)[6]), und endlich 4) die bonae fidei iudicia, wo Forderung und Gegenforderung zwar durch zwei verschiedene Formulae (actio directa, contraria u. s. w.), aber gleichzeitig vor Einem Judex verfolgt werden können[7]).

Die Vertheidigung (defensio) kann der Beklagte aber durch verschiedene Vertheidigungsmittel (defensiones)[8]) unternehmen: nehmlich

1) durch Leugnen der Behauptung des Klägers (intentio), mag diese nun auf ein Recht (in ius concepta) oder auf eine Thatsache gerichtet (in factum concepta) sein; also z. B. rem ex iure Quiritium actoris non esse, ei dari non oportere, rem ei obligatam non esse u. s. w. Die Folge ist dann, daß der Kläger diese seine Behauptung beweisen muß, damit der Richter sein Klagrecht anerkenne und den Beklagten verurtheile, und daß dieser, wenn er auch für sich nichts dargethan haben sollte, absolvirt wird (onus petitoris und commodum possessoris). Denn darauf ist der Judex durch die Formel: SI PARET CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVE, angewiesen[9]). Wie viel freilich der Kläger beweisen muß, damit sein Recht als zur Zeit existent und klagbar angenommen werden könne, und was dem Gegenbeweis des Beklagten anheimfällt, ist eine andre Frage, die vollständig nur im Zusammenhang

5) S. § 97 Note 45—47. 72.

6) S. § 94 Note 36.

7) Daselbst Note 34. 35. 37. Aehnlich kann auch die actio calumniae und das schlechthin sogenannte contrarium iudicium auf das Succumbenzgeld vor demselben Judex angestellt werden. *Gai*. IV. §§ 175—179.

8) *L. 43. pr. D. de reg. iur.* (50, 17). *Ulp.* Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti. *L. 52. pr. D. de iudiciis* (5, 1). *Cic. pro Tullio* 45. u. s. w.

9) Näheres über die Beweislast unten § 109.

der Lehre vom gerichtlichen Beweise beantwortet werden kann. Hier ist jedoch so viel vorauszunehmen, daß wenn der Kläger die Entstehung seines Rechts bewiesen hat, dessen Fortdauer bis zum Augenblick der Klage präsumirt wird, es wäre denn, daß der Beklagte dessen Untergang beweisen könnte, z. B. den Verlust und Uebergang des Eigenthums durch Usucapion auf ihn, den Beklagten, die Tilgung der Forderung des Klägers durch Zahlung u. s. w.[10]). Abgesehen von dem Beweise aber stehen sich beide Fälle, daß z. B. eine Schuld niemals begründet oder daß sie durch Zahlung getilgt worden, einander völlig gleich: in beiden existirt absolut keine Forderung, also auch keine Klage (actio ipso iure nulla)[11]).

Ganz anders 2) wenn der Beklagte die Behauptung des Klägers (intentio), also auch die Existenz seines Rechts einräumt[12]), dennoch aber die Klage, diese Art der Ausübung, die gerichtliche Geltendmachung desselben bestreitet, nicht an sich, etwa weil die Forderung noch nicht fällig wäre[13]), sondern vermöge eines ihm, dem Beklagten, zustehenden, mit dem Rechte des Klägers collidirenden, d. h. dessen Ausübung beschränkenden Rechtes. Dieß eigenthümliche Vertheidigungsmittel nennen die

10) Auch hierfür s. § 109. Vorläufig s. für den Beweis der Entstehung *L. 23. C. I. de prob.* (4, 19). *L. 23. D. eod.* (22, 3). Nur aus dieser Voraussetzung erklärt sich auch, wie der Prätor in seinen in factum actiones die Thatsache, durch welche ein Recht des Klägers begründet sein soll, zur Bedingung der Condemnation machte. Für den Beweis des Untergangs s. *L. 1. C. I. de prob.* (4, 19).

11) Die absolute Aufhebung des Schuldverhältnisses bezeichnet der Ausdruck tollitur oder perimitur obligatio *Gai.* III. §§ 168. 169. 176. 180. *L. 1. pr. D. de novat.* (46, 2), und von einem dieser Fälle, nehmlich der Aufhebung der Obligation durch litis contestatio, sagt *Gai.* III. § 181. Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit *rel. cf.* IV. § 107. Für obligatio nulla, wenn es an einer wesentlichen Bedingung ihrer Entstehung fehlt, s. *L. 1. § 3. D. de pactis* (2, 14) u. s. w.

12) Oder zwar leugnet, aber eventuell für den Fall des geführten Beweises eine Exceptio vorschützt *L. 43. pr. D. de reg. iur.* (50, 17). *L. 9. D. de except.* (44, 1). *L. 9. C. I. eod.* (8, 36), auch mehrere sich widersprechende Exceptionen *L. 5. L. 8. D. eod.*

13) S. oben § 85 Note 13.

Römer exceptio[14]), durch welche also der Beklagte die an sich (ipso iure) begründete Klage zurückweist[15]). Auch sie ist kein Angriff, der die Verurtheilung des Klägers zur Folge haben könnte, sondern bewirkt nur die vollständige oder theilweise Absolution des Beklagten[16]), muß aber als selbständige Behauptung von diesem, wie die Klage vom Kläger, bewiesen werden[17]).

Vermöge dieses nur negativen Erfolgs ist die Exceptio im Vergleich zur Actio im Allgemeinen das schwächere Rechtsmittel und mit jedem, klagbaren oder auch nicht klagbaren, Rechte verbunden[18]), insofern dieses mit einem andern klagbaren Rechte in Conflict geräth und stark genug ist, um den Beklagten im Besitz zu schützen[19]). So wird z. B.

a) im Sachenrecht die Publiciana in rem actio nicht bloß durch die exceptio dominii zurückgewiesen, weil das wirkliche Eigenthum stärker ist als das bloß fingirte[20]), sondern auch von einem gleichberechtigten Besitzer, weil er das Recht desselben nicht durch ein stärkeres zu überwinden ver-

14) *Gai.* IV. §§ 115—129. *Inst.* 4, 13. *Dig.* 44, 1. *Cod. Iust.* 8, 36. *de exceptionibus.* — Vgl. Savigny, System V. §§ 225—229. Puchta, Instit. §§ 170 folg. Keller, Civilpr. §§ 34—36. Rudorff, Rechtsg. II. §§ 31—33. Albrecht, die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses. München 1835. 8. vgl. Note 26. Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast. Gießen 1852. 8 (unbedeutend).

15) *Gai.* III. § 181. *cit.* Note 11. aliter atque si imperio continenti iudicio egerim; tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum; sed debeo per exceptionem — summoveri. IV. § 106. — ipso iure de eadem re agi potest: et ideo necessaria est exceptio *rel.*

16) *Gai.* IV. § 116. Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. *L. 56. D. de cond. indeb.* (12, 6). exceptionis defensio. *cf. L. 8. § 1. D. de verb. sign.* (50, 16).

17) In exceptionibus reus partibus actoris fungitur. *L. 19. pr. §§ 1—4. D. de prob.* (22, 3). *L. 1. D. de except.* (44, 1). *L. 19. C. I. eod.* (4, 19). *L. 9. C. I. de except.* (8, 36).

18) *L. 156. § 1. D. de reg. iur.* (50, 17). *L. 1. § 4. D. de superfic.* (43, 18).

19) *L. 128. pr. D. de reg. iur.* (50, 17). *Paul.* In pari causa possessor potior haberi debet.

20) *L. 1. pr. D. de Publ. in rem act.* (6, 2). Ait Praetor: — non a domino. *L. 16. L. 17. D. eod. L. 57. D. mandati* (17, 1). *L. 24. D. de exc. rei iud.* (44, 2).

mag[21]); die civile Vindication durch die auf ein ius in re gegründete Exceptio des Besitzers, Servitut, Pfandrecht oder Superficies, weil dieses seinem Begriff nach das Eigenthum in seiner Ausübung beschränkt; die Pfandklage durch das bessere oder gleich starke Pfandrecht des Besitzers an derselben Sache[22]) u. s. w.

b) Im Obligationenrecht, um von unzähligen Fällen nur den anschaulichsten hervorzuheben, soll die Schuld und die Gegenforderung des Beklagten, insofern beide auf gleichartige Quantitäten gehen, gleichsam als mit einander streitend, wie Soll und Haben gegen einander aufgehoben, compensirt, der Kläger mit einer Exceptio, soweit sich beide decken, zurückgewiesen werden können[23]), wozu selbst die nicht klagbare Forderung (obligatio naturalis) stark genug ist[24]).

c) Im Familienrecht wird, wenigstens in der Zeit der spätern Classiker, das Recht des Ehemanns auf die Lebensgemeinschaft mit der Frau und das Erziehungsrecht der Mutter gegen die Klage des Vaters aus seiner patria potestas auf Herausgabe des Kindes durch eine Exceptio geschützt[25]) u. s. w.

Der materielle Unterschied dieses Vertheidigungsmittels, der Exceptio, und des erstgenannten ist einleuchtend. Dort wird die absolute Nichtexistenz des klägerischen Rechts behauptet, hier nur seine Ausübung durch Klage vermöge eines Rechts des Beklagten beschränkt, wobei die Frage entsteht, wer dieses Recht habe, und gegen wen es gebraucht werden könne, endlich in

21) *L. 9. § 4. D. de Publ. in rem* (6, 2). *L. 31. § 2. D. de act. empti* (19, 1). S. Note 19.

22) *L. 7. pr. D. us. quem ad cav.* (7, 9). *L. 16. D. si servitus* (8, 5). *L. 6. § 9. D. comm. divid.* (10, 3). *L. 10. L. 11. § 2. L. 13. § 2. D. de pign.* (20, 1). *L. 12. pr. D. qui pot.* (20, 4). *L. 10. C. I. de pign. act.* (4, 24). *L. 1. C. I. si pign. convent.* (8, 33). *L. 1. § 4. D. de superfic.* (43, 18). In der Concurrenz zweier gleich starker Pfandrechte gilt die Regel Note 19. *L. 10. D. de pign.* (20, 1). *L. 20. § 1. D. de pign. act.* (13, 7). *L. 1. § 1. D. de Salv. int.* (43, 33).

23) In dieser Allgemeinheit, erst seitdem M. Aurel auch bei stricti iuris Obligationen deshalb die exceptio doli zuließ. *§ 30. I. de act.* (4, 6).

24) *L. 6. L. 7. pr. L. 9. pr. D. de compens.* (16, 2).

25) *L. 1. §§ 3. 5. L. 3. §§ 2. 5. D. de lib. exhib.* (43, 30).

welchem Grade es das Recht des Klägers unwirksam mache. Auch muß dieser Gegensatz als ein in der Natur der Rechte begründeter für alle Zeiten und Völker anerkannt werden, man müßte denn die Möglichkeit einer solchen Collision von Rechten leugnen, also behaupten, daß ein Recht nur entweder existiren oder nicht existiren könne, eine Behauptung, die selbst in dem beschränktesten Rechtsverkehr nicht durchführbar ist. Der Begriff der Exceptio ist aber auf Fälle der angeführten Art, wo Rechte, die an sich eine ganz andre Bestimmung haben, mit einander in Collision geratḥen, bei den Römern nicht beschränkt geblieben; insbesondre hat der Prätor ihn auch da angewendet, wo das Recht des Klägers, die Klage, um irgend eines Umstandes, einer Thatsache willen zurückgewiesen wird, wo also die Exceptio nur diese negative Bedeutung hat. Hier haben Neuere sie für ein ganz positives Institut des ältern römischen Rechts erklärt und ihre wesentliche Identität mit den Thatsachen, aus welchen der Beklagte die Nullität der Klage ableitet, behauptet, weil sie wie diese von ihm bewiesen werden müsse, und im Erfolg, der Absolution, ihnen gleichstehe[26]). Dieser Ansicht liegt ein Verkennen nicht nur des römischen Rechts, sondern auch eines allgemeinen, logischen Verhältnisses zum Grunde.

Logisch betrachtet ist die Existenz eines Rechts nur von den seinen Begriff constituirenden Thatsachen abhängig, und zwar von diesen ohne Unterschied, es mag nun dem Einen oder dem Andern der streitenden Theile deshalb der Beweis obliegen. Wir werden z. B. behaupten müssen, daß das streitige Schuldverhältniß nicht existire, nicht nur wenn der Schuldner das behauptete Versprechen nie geleistet, sondern auch wenn er damals noch unmündig, also eines verpflichtenden Willens unfähig war[27]), oder wenn er die Schuld bezahlt hat, obgleich in dem ersten Fall den Kläger, in den beiden letzten den Beklagten die

26) v. Bayer, Vorträge über den ordentlichen gem. Civilprozeß. 1830. 8. S. 250 folg. Albrecht cit. Note 14.

27) Auch dieser Grundsatz des Beweises, den wir als anerkannt annehmen, kann erst unten § 109 erklärt werden.

Beweislast trifft. Denn Willensfähigkeit des Promittenten gehört ebensowohl zum Begriff der Contractsschuld, als daß sie durch Erfüllung untergeht. Soll dagegen um irgend einer nicht zu jenen constitutiven Merkmalen gehörigen Thatsache willen das Schuldverhältniß ungültig sein, so ist zwar auch in diesem Fall seine Nullität denkbar; aber das natürlichere ist, daß es an sich, d. h. nach seinem Begriff und der daraus abzuleitenden Regel für existent erklärt, vermöge jener anderen von außen hinzutretenden Thatsache ausnahmsweise und mit Rücksicht auf sie, also relativ, als unwirksam betrachtet, ja daß diese Thatsache mit der Person des dabei interessirten Schuldners in rechtliche Beziehung gesetzt, also diesem die Befugniß beigelegt wird, die an sich begründete Forderung und Klage des Gläubigers zurückzuweisen[28]). Mit dieser Auffassung stimmt denn auch das römische Recht schon dadurch überein, daß es diesen Fall als Ausnahme (exceptio) bezeichnet[29]), die nicht, wie so viele in den Systemen der Neuern[30]), willkührlich, sondern wohlbegründet ist; ferner dadurch, daß es auch hier die Existenz des klägerischen Rechts an sich, d. h. nach strenger Ableitung aus seinem Begriff (ipso iure, stricto iure) behauptet und seine Unwirksamkeit vermöge einer Exceptio der Billigkeit (aequitas) zuschreibt, ohne Unterschied, ob sie aus dem Civilrecht oder dem prätorischen stamme[31]); — denn eben dieß, die Berücksichtigung individueller Um-

28) Diese logische Begründung des Wesens der Exceptio finde ich nur angedeutet bei Puchta, Instit. II. S. 167 in den Worten, „daß eine Stipulation als Rechtsgeschäft ohne Abwesenheit des Dolus sich gar nicht denken lasse", und trefflich, in Anwendung auf die Interdicte, ausgeführt von K. A. Schmidt, das Interdictenverfahren S. 105 folg.

29) Der Ausdruck bezeichnet zwar zunächst eine Ausnahme von der allgemeinen Anweisung des Judex, auf Grund der erwiesenen Intentio den Beklagten zu condemniren, s. Note 39; mittelbar aber, daß eben hierdurch ein Ausnahmefall gegen die Regel anerkannt werden soll. Von den classischen Juristen wird er nie in Bezug auf die Nullität gebraucht, excipere freilich auch einmal vom Leugnen des Klaggrundes gesagt. *L. 18. § 2. D. de prob.* (22, 3).

30) Die häufig entweder den Begriff und seinen Umfang richtig zu bestimmen oder die wirkliche Ausnahme durch einen außerhalb seiner Sphäre liegenden Umstand zu begründen versäumen.

31) *Gai.* IV. § 116. Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia,

stände und die Beschränkung der strengen Rechtsregel um ihretwillen, haben wir als das Wesen des billigen Rechts (aequum ius) kennen gelernt [32]); — endlich dadurch, daß es die Exceptio in diesen Fällen wie in den oben erwähnten als ein Recht des Beklagten behandelt, dessen Umfang in Bezug auf die Frage, wer es hat [33]), und gegen wen es gerichtet ist [34]), enger oder weiter bestimmt wird, das, wie es entstanden ist, auch wieder untergehen kann [35]), und das, insofern es der Beklagte gebrauchen will [36]), das Recht des Klägers seiner Wirkung nach entweder ganz aufhebt [37]), oder nur die Klage ausschließt [38]),

cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit, eum iudicio condemnari: velut si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet, per exceptionem doli mali te defendi debere. Mit iure civili vgl. § 118 und *L. 30. D. de const. pecunia* (13, 5). — etsi stricto iure (*sc. honorario*) propria actione pecuniae constitutae manet obligatus — tamen per exceptionem adiuvatur. Im Allgemeinen *L. 12. D. de doli exc.* (44, 4). *Pap.* aequitate defensionis (= *per exceptionem*) infringere actionem. *Cic. de part. or.* 28. de excipienda iniquitate actionis. 29. is qui defendit, — resistat oportet — — aut infitiando —, aut aequitate opponenda.

32) Vgl. § 94 S. 275 folg.

33) Hiernach wird unterschieden die exceptio personae oder rei cohaerens. *L. 7. D. de except.* (44, 1). *L. 2. § 2. D. de doli exc.* (44, 4). *L. 76. § 1. D. de contr. empt.* (18, 1). *L. 17. § 5. D. de pactis* (2, 14). *L. 93. pr. D. de solut.* (46, 3), ja selbst von einer quasi popularis exceptio gesprochen. *Fr. Vat.* § 266.

34) Exceptio in personam oder in rem. *L. 4. §§ 33. 27. 31. L. 2. § 1. D. de doli exc.* (44, 4).

35) *L. 95. § 2. D. de solut.* (46, 3).

36) *Gai.* IV. § 119. exceptio obicitur a reo. § 123. si obiecta exceptione egerit, rem perdit. *L. 48. L. 65. D. de rei vind.* (6, 1). exceptione doli posita. *L. 23. § 3. D. de cond. ind.* (12, 6). exc. doli uti u. s. w.

37) Von diesen Fällen sagt in Bezug auf den Erfolg *L. 112. D. de reg. iur.* (50, 17). *Paul.* Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *cf. L. 10. L. 55. D. de verb. sign.* (50, 16). *L. 25. D. de verb. obl.* (45, 1). quasi nulla. *L. 13. D. de iure dotium* (23, 3). inefficax. *L. 95. § 2.* Note 35. inanis. *L. 26. § 3. D. de cond. ind.* (12, 6). indebitum.

38) Also eine nicht klagbare naturalis obligatio zurückläßt. Dieß ist nicht der Fall, die Obligation ist völlig unwirksam, Note 36, wenn die exceptio selbst auf dem ius naturale beruht. *L. 66. D. de reg. iur.* (50, 17) *Iul.* Marcellus: desinit debitor esse is qui nanctus est exceptio-

welches Alles in Bezug auf die Nullität des klägerischen Rechts nicht statt findet[39]).

Geschichtlich aber hat der Begriff der Exceptio sich bei den Römern im Anschluß an die verschiedenen Prozeßformen allerdings eigenthümlich gestaltet.

In der Zeit der Legis Actiones war, wie früher (§ 38) bemerkt worden, dafür weniger Bedürfniß, weil das Recht eine einfachere und durchweg absolute Natur hatte. Doch mußte das Wesen der Sache schon damals nicht nur z. B. im Verhältniß des beschränkten dinglichen Rechts (servitus) zum Eigenthum, sondern auch dann anerkannt werden, wenn das Gesetz ein bestehendes Recht, ohne seinen Begriff zu ändern, nur seiner Wirksamkeit nach beschränkte, also z. B. die Lex Plaetoria den Minderjährigen zwar nicht für handlungsunfähig erklärte, aber wegen Uebervortheilung gegen die Klage in Schutz nahm, die Lex Cincia übermäßige Schenkungen verbot u. s. w. Nur konnte ein solcher Einwand als Ausnahme und Bedingung in die strenge Legis Actio nicht aufgenommen werden[40]); im ersten Fall half die Contravindicatio, im zweiten wurde er als Präjudicialpunkt vom Prätor erledigt.

Die Formulae dagegen waren biegsam genug, um auch diesem Bedürfniß zu genügen. Der Prätor brauchte nur zwischen der als positive Bedingung der Condemnatio gefaßten Intentio und dieser, der Condemnatio, die Exceptio als negative

nem iustam nec ab aequitate naturali abhorrentem. Nachweisbar bleibt die Schuld naturaliter gültig bei der exc. SC. Macedoniani, rei iudicatae, praescriptio temporalis *L. 2. C. l. de luitione pign.* (8, 31), dem s. g. beneficium competentiae *L. 8. L. 9. D. de cond. ind.* (12, 6) und dem Grundsatz quod quisque iuris *rel. L. 3. § 7. D. quod quisq. iuris* (2, 2), die allerdings für durchaus positiv gelten können. Die an sich nicht klagbare naturalis obligatio kann begreiflicher Weise nicht per exceptionem, sondern nur ipso iure nulla sein. *L. 95. § 4. D. de solut.* (46, 3).

39) Vgl. jedoch § 103 Note 97. — Bekker's (Consumtion S. 93 folg.) Behauptung, daß nicht jede Exceptio ein Recht sei, wohl aber die solutio ein solches begründe, ist ebenso unhaltbar als sein neuer Begriff von Exceptio, der auf der Unterscheidung von Recht und Anspruch beruht.

40) *Gai.* IV. § 108. — nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

Bedingung derselben einzurücken, um den Judex, wenn er sie begründet finde, für diesen Ausnahmefall von dem allgemeinen Befehl der Condemnation des Beklagten zu entbinden, also zur Absolution desselben zu verpflichten[41]). Der Beklagte ist es aber, der, nachdem der Kläger ihm in iure die Actio edirt hat, die Einrückung einer Exceptio beantragt (postulat). Bestreitet sie Jener und verlangt ein iudicium purum, so entscheidet der Prätor und gewährt oder versagt die Exceptio; im letztern Fall kann der Beklagte die Hülfe eines Volkstribunen anrufen[42]). Hat er die Erbittung der Exceptio versäumt, das iudicium purum angenommen (post iudicium acceptum, litem contestatam), so kann ihm nur noch durch in integrum restitutio geholfen werden[43]). Räumt der Kläger den Grund der Exceptio ein oder ist er sonst klar, also einer Untersuchung

41) *Gai.* IV. § 119. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur. Nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT, NEQUE FIAT —. et denique in ceteris causis similiter concipi solet. ideo scilicet, quia omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter iudex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit *rel. L. 2. pr. D. de except.* (44, 1). *Ulp.* Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae interponi (opponi ist wohl eine Conjectur des Correctors der Florentina) actioni cuiusque rei solet, ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. *L. 22. pr. eod. Paul.* Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. Ueber die Fassung der exceptio mit SI NON oder NIHIL, AC SI, QUOD NON, QUA DE RE NON, EXTRA QUAM s. Huschke, Zeitschr. für gesch. RW. XIII. S. 318 folg. Puchta cit. S. 163 Note e.

42) *Cic. de invent.* II. 20. postulat is, quicum agitur, a Praetore exceptionem: EXTRA QUAM IN REUM CAPITIS PRAEIUDICIUM FIAT. Hic is, qui agit, iudicium purum postulat. Ille, quicum agitur, exceptionem addi ait oportere. Quaestio est, excipiendum sit, an non. *Acad. quaest.* II. 30. postulant, ut excipiantur haec inexplicabilia. Tribunum aliquem censeo adeant. a me exceptionem istam nunquam impetrabunt. *cf. de or.* I. 37.

43) *Gai.* IV. § 125. *L. 2. C. l. sent. rescindi non posse* (7, 50). Für die exceptio doli post (*litis contestationem*) secuti s. *L. 23. § 3. D. de cond. ind.* (12, 6). *L. 11. pr. D. de doli exc.* (44, 4).

durch den Judex nicht bedürftig, so wird die Actio dem Kläger versagt[44]).

Die Formulare für die Exceptionen hatte der Prätor theils im Edict verzeichnet, theils gab er sie im einzelnen Fall, unter Berücksichtigung der besondern Umstände[45]), und insofern gehörten sie alle der prätorischen Jurisdiction an[46]). Aber ihrem Grunde nach beruhten sie theils auf einem Rechtssatz des Civilrechts, den der Prätor durch dieß Rechtsmittel nur zur Ausführung brachte, theils hatte er auch diesen selbst aufgestellt[47]).

Denn wenn ein Gesetz (lex, senatusconsultum, constitutio Principis) einem Recht oder Rechtsgeschäft für einen gewissen Fall die rechtliche Wirkung entziehen wollte, so genügte das Verbot desselben oder die Erklärung, daß der Prätor eine Klage daraus nicht zu gewähren habe: seine Sache war es dann, diese Bestimmungen zur Ausführung zu bringen, was er durch Aufstellung einer Exceptio in seinem Edicte that[48]).

44) *Dig.* 44, 5. quarum rerum actio non datur. Die hier vorkommenden Exceptionen iurisiurandi, onerandae libertatis causa und aleae ludendae causa sind solche, wo in der Regel die Thatsache feststeht und der Prätor nur das Recht zu schützen hat. *L. 7. pr. L. 9. pr. D. de iureiur.* (12, 2). — postquam iuratum est, denegatur actio: aut si controversia erit, an iusiurandum datum sit, exceptioni (*sc. formulae, iudicio cum exceptione*) locus erit. *cf. L. 31. § 1. D. de damno inf.* (39, 2).

45) *Gai.* IV. § 118. Exceptiones autem alias in edicto habet propositas, alias causa cognita accommodat *rel.* Eine förmliche causae cognitio war deshalb nicht immer nöthig. Vgl. *L. 7. § 3. D. quod vi* (43, 24). *L. 1. § 6. D. ne quid in flum. publ.* (43, 13). *L. 1. §§ 3. 5. D. de lib. exhib.* (43, 30). Dagegen trat eine solche zuweilen bei den erstern ein. *L. 57. D. mandati* (17, 1). *L. 1. § 6. D. quarum rer. actio* (44, 5).

46) *L. 3. § 1. D. de pec. const.* (13, 5). *Ulp.* — quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem. § 2. Si is qui et iure civili et praetorio debebat *rel.* *L. 5. C. I. de pactis* (2, 3), *Cic. de inv.* II. 19. *cf. Auct. ad Herenn.* I. 42. Vgl. Rudorff cit. § 31 Note 22.

47) *Gai. cit.* Note 45. quae omnes vel ex legibus, vel ex his, quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione Praetoris proditae sunt. *cf. Pap.* in *L. 7. § 1. D. de iust. et iure* (1, 1). Ius praetorium est, quod Praetores introduxerunt, adiuvandi, aut supplendi, aut corrigendi iuris civilis gratia. So ist auch die Bonorum Possessio immer prätorisch, obgleich sie sowohl dem Civilerben als dem prätorischen gegeben wird.

48) Die Lex Cincia a. 550. u. c. hatte als lex imperfecta an ihr Verbot unmäßiger Schenkungen

Nur ausnahmsweise bediente ein Prohibitivgesetz, das doch den Begriff eines Rechts oder Rechtsgeschäfts nicht ändern wollte, sich eines solchen Ausdrucks, daß dessen Nullität ipso iure daraus gefolgert werden mußte[49]). Jenes war aber so sehr das Gewöhnliche, daß der Prätor in seinem Edict eine allgemeine Exceptio: si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur, aufzustellen nöthig fand[50]).

Die große Mehrzahl der Exceptionen sind aber auch ihrem Rechtsgrunde nach prätorischen Ursprungs, da vorzugsweise der Prätor es sich zur Aufgabe machte, neu entdeckte Momente der

ausdrücklich keine Folge geknüpft. *Ulp. fr.* § 1. Der Prätor gab dem Besitzer oder Schuldner eine exceptio legis Cinciae. *Fr. Vat.* §§ 266. 310. *sq.* *L. 5. § 2. D. de doli exc.* (44, 1). Das SC. Velleianum a. 46. p. Chr. und Macedonianum a. 47. p. Chr. weisen die Gerichtsobrigkeiten ausdrücklich an, aus dem verbotenen Geschäft keine Klage zu geben; das SC. Trebellianum a 62. p. Chr., dem Fiduciarerben sie zu versagen und nur dem Fideicommissarerben sie zu ertheilen; in allen diesen Fällen stellte der Prätor Exceptionen auf. *L. 2. § 1. D. ad SC. Vell.* (16, 1). *L. 1. pr. D. de SC. Mac.* (14, 6). *L. 1. §§ 2—4. D. ad SC. Trebell.* (36, 1). Ein Edict von August erklärte die Veräußerung der res litigiosa für ungültig. *Fr. de iure fisci* § 8. Der Prätor gab deshalb eine exceptio. *Gai.* IV. § 117. *L. 1. § 1. D. de litigiosis* (44, 6). Ebenso brachte er ohne Zweifel das decretum D. Marci zur Anerkennung. *L. 12. § 2. L. 13. D. quod met. causa* (4, 2). Krüger, Consumtion S 25 meint, das Gesetz habe nur „den leitenden Gedanken" ausgesprochen, der Prätor „den Begriff" ausgebildet. Allein „der Begriff" ist „der leitende Gedanke", und dessen Ausbildung war nicht Sache des Prätors, sondern der Jurisprudenz.

49) Die Beschränkung der Legate auf ein bestimmtes Maaß wurde nach der Lex Furia durch die Legis Actio per manus iniectionem zur Ausführung gebracht, *Gai.* IV. §§ 23. *sq.*; in der Lex Voconia a. 585. u. c. wurde das Verbot der Erbeseinsetzung wahrscheinlich nur ausgesprochen und vom Prätor durch Versagung der Bonorum Possessio und durch eine Exceptio verwirklicht. *Cic. Verr.* I. 44. Huschke, Gaius S. 52 folg. Die Lex Falcidia a. 714. u. c. aber bediente sich eines Ausdrucks, woraus die Jurisprudenz Nullität des Legats ipso iure folgerte. *L. 1. pr. D. ad leg. Falc.* (35, 2). *cf. L. 73. § 5. L. 26. pr. L. 49. pr. D. eod. L. 1. § 5. D. quod leg.* (43, 3). Dieser Fall ist recht geeignet, das Unzweckmäßige dieser Behandlung zu zeigen. Auch konnte der Erbe dennoch, wenn der Legatar die ganze Sache vindicirte, ohne die Aestimatio des Theils, der ihm als Quart gehört, anzubieten, diesen durch exceptio doli zurückweisen. *L. 80. § 1. D. ad leg. Falc.* (35, 2).

50) *Gai.* IV. § 121. *L. 3. D. de except.* (44, 1). *cf. L. 50. D. de act. empti* (19, 1). *L. 1. § 16. D. de flum.* (43, 12).

Billigkeit gegen das alte strenge Recht zur Anerkennung zu bringen. So konnte z. B. die Gültigkeit eines durch Zwang oder Betrug zu Stande gekommenen Rechtsgeschäfts an sich (ipso iure), weil sie nur durch den abstracten Rechtswillen, nicht durch die Willensbestimmung bedingt ist[51]), nicht geleugnet werden; der Prätor aber erklärte, weil Zwang und Betrug contra bonos mores sei[52]), den, der ihn ausgeübt (ex maleficio) oder der Vortheil daraus ziehen will (ex aequitate), für verpflichtet, den Schaden zu ersetzen oder den Vortheil herauszugeben, und gab aus dieser Obligation eine Klage, um wie viel mehr also eine Exceptio[53]). Ja, von dem Grundsatz ausgehend, daß Widerspruch mit sich selbst[54]), insbesondre Forderung dessen, wovon der Kläger weiß, daß es ihm nach Recht und Billigkeit nicht zukomme, bewußtes Unrecht oder Dolus im weiteren Sinne sei[55]), gab er die exceptio doli neben jeder anderen benannten peremptorischen Einrede[56]) oder eine ihr gleichgeltende, den Umständen des einzelnen Falls angepaßte Exceptio (in factum concepta). Durch diese exceptio in factum ergänzte er dann auch die Zahl der im Edict angekün-

51) *L. 21. § 5. D. quod met. causa* (4, 2). coactus volui. *cf. L. 22. D. de ritu nupt.* (23, 2). maluisse hoc videtur.

52) *L. 116. pr. D. de reg. iur.* (50, 17).

53) *L. 9. § 3. D. quod met. causa* (4, 2). *L. 2. pr. D. de doli exc.* (44, 4). Die exceptio doli lautete in des Q. Mucius edictum Asiaticum: EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST, UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA. *Cic. ad Att.* VI. 1.

54) Wer die eigene Handlung anficht, muß sie entweder ableugnen oder mit sich selbst in Widerspruch treten; Jenes ist Lüge und auch dieses Unredlichkeit. S. z. B. *L. 41. D. de pign. act.* (13, 7). *Paul.* si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. Diese utilis actio beruht auf der replicatio doli. *L. 21. § 1. D. de pign.* (20, 1).

55) *L. 173. § 3. D. de reg. iur.* (50, 17). *Paul.* Dolo facit qui petit quod redditurus est. *L. 177. § 1. eod. Idem.* Nemo videtur dolo exsequi, qui ignorat causam, cur non debeat petere. *cf. L. 42. eod. L. 44. § 1. D. sol. matr.* (24, 3).

56) *L. 2. § 5. D. de doli exc.* (44, 4). Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem: quia dolo facit quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. nam si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo fa-

digten Einreden[57]) und bereitete die Aufstellung neuer vor[58]). Auch war die exceptio doli (generalis) das Mittel, wodurch er neuen, in der Jurisprudenz (iure civili) anerkannten Gründen der Aequitas Folge verschaffte[59]).

Dieser Gegensatz des ipso iure und per exceptionem steht in der classischen Jurisprudenz so fest, daß eine Verwechselung der Begriffe nicht vorkommt, während es freilich in facto zweifelhaft sein konnte, ob das Eine oder Andre statt finde, ob also der Beklagte besser thue, sich auf das Eine oder Andre zu berufen[60]). Auch die Fassung der Formula, welche darüber nicht absolut entscheidet, darf nicht irre führen. So sprechen fast alle Exceptionen nicht das ihnen zum Grund liegende Recht, sondern die Thatsache aus, meinen aber damit jenes ebensowohl, wie die intentio in factum concepta der prätorischen Klagen das Recht des Klägers[61]). Ferner enthält

cit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. *L. 12. D. eod. Pap.* Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est. *L. 1. § 1. eod.* bezeichnet dieß selbst als den Grund ihrer Einführung.

57) Nach Analogie der in factum oder utiles actiones wird sie utilis exceptio genannt. *L. 21. D. de pr. verbis* (19, 5). *L. 11. D. de min.* (4, 4).

58) *L. 4. §§ 16. 32. D. de doli exc.* (44, 4). *L. 17. § 4. D. de inst. act.* (14, 3). *L. 4. D. de novat.* (46, 2). So die exceptio rei venditae et traditae *Dig.* 21, 3., non numeratae pecuniae u. A. *cf. L. 2. § 5.* in Note 56.

59) Z. B. das Princip der condictio indebiti, ob causam datorum, sine causa und ob turpem causam. *L. 65. § 4. D. de cond. ind.* (12, 6). *L. 7. pr. D. de cond. ob causam* (12, 4). *L. 5. § 1. D. de act. empti* (19, 1). *L. 2. §§ 3. 4. D. de don.* (39, 5). *L. 8. D. de cond. ob turpem caus.* (12, 5) u. s. w. Daß der exceptio doli im Fall der *L. 2. § 3. D. de doli exc.* (44, 4) ein Recht zum Grunde liege, ist evident, da dasselbe unter Umständen selbst durch Klage verfolgt wird. Vgl. Bekker cit. S. 94.

60) Mit Rücksicht auf verschiedene Auslegung des Gesetzes oder des Edicts *L. 17. D. de const. pec.* (13, 5). aut exceptione aut iusta interpretatione oder verschiedene Rechtsansicht des Richters *L. 34. § 1. D. de obl. et act.* (44, 7). aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius, oder verschiedene Beurtheilung der Thatsache, Auslegung des Vertrags u. s. w. *L. 4. § 55. D. de doli exc.* (44, 4). *L. 6. pr.* D. *de serv. export.* (18, 7). *Cic. de part. or.* 29. aut infitiando, aut definiendo, aut aequitate opponenda.

61) Die exceptio dominii gegen die Publiciana ist fast die einzige, die das Recht des Beklagten ausspricht: SI EA RES POSSESSORIS NON SIT. *L. 17. D. de*

die Intentio eben dieser prätorischen, in factum concipirten Klagen häufig nicht bloß die Thatsachen, die das klägerische Recht begründen, sondern auch die Negation solcher, die es zerstört haben könnten; Letzteres ist aber deshalb keine Exceptio, wenngleich dem Beklagten der Beweis obliegt [62]). Umgekehrt werden wahre Exceptionen, weil regelmäßig bei der Klage zu berücksichtigen, in deren stehende Formel aufgenommen, z. B. in die possessorischen Interdicte die exceptio annua oder vitiosae possessionis [63]), die Compensation in die Klagformel des Bonorum Emptor, und zwar als positive Beschränkung der Condemnatio [64]), ebenso die Beschränkung einer Forderung auf das

Publ. (6, 2). *L. 24. D. de exc. rei iud.* (44, 2). Selbst die Einrede des Ususfructus redet de re ususfructus nomine tradita, *L. 7. pr. D. us. quem. cav.* (7, 9), gründet sich also nicht eigentlich auf seine civilrechtliche Gültigkeit. Um so mehr lautet die prätorische exceptio pigneraticia: SI NON CONVENIT, UT EADEM RES MIHI PIGNORI ESSET. *L. 10. L. 11. § 2. D. de pign.* (20, 1), und eben so alle übrigen prätorischen Einreden, die eben deshalb in factum exceptiones heißen können. Note 56. 58. Vgl. auch *L. 20. D. de except.* (44, 1). *Paul. lib. sing. de conceptione formularum.* Exceptiones opponuntur aut quia factum sit quod fieri oportet, aut quia factum sit, quod fieri non oportuit, aut quia factum non sit, quod fieri debuerat *rel.* War es doch überhaupt des Prätors Weise, das in der Thatsache verborgene Recht zur Anerkennung zu bringen.

62) So die formula hypothecaria oben § 96 Note 57. EAMQUE PECUNIAM SOLUTAM NON ESSE. Die actio constitutae pecuniae s. § 96 Note 64. NEQUE SOLVISSE NEQUE FECISSE; die actio in factum aus Depositum *Gai.* IV. § 47. EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE. Es konnte nicht die Absicht des Prätors sein, weder das Recht (s. *L. 13. § 2. D. de pign.* 20, 1. *L. 6. pr. D. quib. modis pign.* 20, 6. *L. 18. § 3. D. de const. pec.* 13, 5), noch die Beweislast (*L. 1. C. I. de prob.* 4, 19) dadurch zu ändern. Anders Rudorff cit. § 31 Note 8 a. E., und Thon, Zeitschr. für Rechtsg. II. S. 262 folg. für die actio hypothecaria, die aber, weil den Verkauf des Pfandes vorbereitend, durch Fälligkeit und Nichtzahlung der Schuld bedingt, also durch Zahlung aus doppeltem Grunde ipso iure aufgehoben ist.

63) S. § 98 Note 94. Die Exceptio wurde bald als negative, bald als positive Bedingung des prätorischen Befehls gefaßt.

64) *Gai.* IV. §§ 65. 68. Daß die Forderung des Concursgläubigers als selbständiges Recht eine Exceptio begründet, bezeugt der Ausdruck der Formel: QUOD INVICEM DEFRAUDATORIS NOMINE DEBET (*sc. bonorum emptor*). Die Compensation des Argentarius wird in der Intentio berücksichtigt, weil seine Forderung aus dem Contocorrentverhältniß nur auf das Saldo geht. *ibid.* § 64. Daß impensae necessariae die Dos ipso

quod facere potest debitor[65]), was leicht verführen könnte, ihnen die höhere Wirksamkeit ipso iure beizulegen. Endlich ist anzuerkennen, daß in einigen Fällen der Prätor, um den Kläger im Beweise zu erleichtern, einen Umstand als Exceptio behandelte, der nach allgemeinen Grundsätzen zum Klaggrund gehören würde[66]), und daß er bei allen prätorischen, also in factum concipirten Klagen die nicht ihren Begriff berührenden Aufhebungsgründe auch nur prätorisch, d. h. per exceptionem schützte[66a]).

Ebensowenig darf über die Natur der Einreden als selbständiger von dem Beklagten geltend zu machender Rechte irre führen, daß sie bei bonae fidei Klagen, wenn sie auch nicht in die Formel eingerückt sind, von dem Judex (officio iudicis) berücksichtigt werden sollen, weil mit jeder peremptori-

iure mindern sollen, sagt nur, daß dieß in dem Begriff der Dos liege, die nicht aus dem Vermögen des Mannes, sondern von der Frauen Seite herrührt. *L. 5. pr. §§ 1. 2. D. de impensis* (25, 1). *L. 56. § 3. D. de iure dot.* (23, 3). Formell begründete es keinen Unterschied, weil die Retention und Compensation auch durch exceptio doli noch im iudicium rei uxoriae, als bonae fidei iudicium, zugelassen wurde.

65) Das Recht des Schuldners, sich darauf zu berufen (*L. 33. pr. D. de donat.* 39, 5. desiderat) wird exceptio genannt. *L. 7. pr. D. de except.* (44, 1). *L. 63. § 2. D. pro socio* (17, 2). *L. 41. pr. D. de re iud.* (42, 1). Aber die actio wird auf minus gerichtet *L. 30. D. de re iud.* (42, 1), und zwar deren condemnatio darauf beschränkt. *§ 37. I. de act.* (4, 6). *cf. § 36. L. 173. pr. D. de reg. iur.* (50, 17). Daher auch der Vermögensstand zur Zeit des Urtheils zum Maaßstab genommen. *L. 63. § 6. D. pro socio* (17, 2). *L. 15. D. sol. matr.* (24, 3). Wäre aber die Clausel vergessen, so findet die exceptio ausnahmsweise noch gegen die actio iudicati statt. *L. 17. § 2. D. sol. matr.* (24, 3). *L. 41. § 2. D. de re iud.* (42, 1). *L. 33. pr. cit.* Naturaliter bleibt die Obligation in solidum bestehen *L. 8. L. 9. D. de cond. ind.* (12, 6), und die Exceptio fällt weg, wenn der Schuldner wieder zu Vermögen kommt. *L. 8. C. l. sol. matr.* (5, 18).

66) So bei der actio in factum adversus nautas, die er nicht auf Culpa, sondern auf das receptum gründete, und dem Beklagten nur die exceptio und den Beweis der vis maior offen ließ. *L. 3. §§ 1. 2. D. nautae* (4, 9). Aus demselben Grunde wurde das Vadimonium und die Klage daraus auf das in iure sisti schlechthin gestellt, und dem Beklagten wegen „echter Noth" nur eine Exceptio gegeben. *Dig.* 2, 11. *si quis cautionibus rel. L. 19. § 1. D. de prob.* (23, 3).

66a) *L. 7. § 2. D. quib. mod. pign.* (20, 6). Vgl. unten § 103 Note 28. Thon cit. S. 280 folg.

schen Einrede die exceptio doli concurrirt und die allgemeine Anweisung in der Intentio auf bona fides den Judex verpflichtet, den Beklagten nur dann zu condemniren, wenn es der Aequitas gemäß geschehen kann[67]); ja daß die Forderung des Klägers als ohne förmliche Exceptio, nach dem der Klage zum Grund liegenden Rechte selbst (aequitate ipsius iudicii, ipso iure) aufgehoben bezeichnet wird[68]). Dasselbe gilt bei den arbitrariae actiones, nur in beschränkterem Umfang[69]). Und selbst bei strengen Klagen kann unter Umständen die Frage entstehen, ob nicht der Geschworne boni viri arbitratu einen Umstand als das Recht des Klägers aufhebend zu berücksichtigen habe, der in andern Fällen nur eine Exceptio begründen würde[70]).

Alle Exceptionen werden, insofern sie in der Formula Ausdruck finden, nicht vor die Intentio, sondern vor die Condemnatio gestellt, weil sie ihrem Begriff nach nicht das Recht des Klägers selbst, sondern nur dessen gerichtliche Wirksamkeit betreffen, diese aber durch die Condemnatio repräsentirt wird. Nun gab es aber einige Exceptionen, die, wie Gaius berichtet, ehemals der Formula, also auch ihrem Hauptheil, der Intentio, vorangeschrieben und deshalb praescriptiones genannt wurden, während sie freilich zu seiner Zeit längst die Gestalt der exceptio, also auch deren Stelle vor der Condemnatio erhalten hatten[71]).

67) S. §94 Note 40. 41.

68) Aequitate ipsius iudicii *L. 14. § 1. D. comm. div.* (10, 3). ipso iure *L. 28. D. de act. empti* (19, 1). *L. 1. § 7. D. quar. rer. actio* (44, 5). *L. 72. pr. D. de solut.* (46, 3). *L. 71. pr. D. de furtis* (47, 2). *L. 57. § 3. D. de contr. empt.* (18, 1). *L. 3. § 3. D. pro socio* (17, 2).

69) S. §94 Note 85. 87.

70) *L. 4. D. us. quem. cav.* (7, 8). *L. 3. § 5. D. nautae* (4, 9). *L. 17. § 8. L. 18. pr. D. de iniur.* (47, 10). Vgl. Puchta cit. S. 171 „Allerdings" folg.

71) Praescriptio heißt, was der Formel vorangeschrieben wird *Gai.* IV. §132., und begreift sehr Verschiedenes: 1) die Beschränkung der Intentio auf die fällige Schuld, wodurch der Kläger sich das Nichtfällige vorbehält, s. oben §87 Note 23, also praescriptio pro actore, wovon *Gai.* IV. §§130. 131. *cf.* 136. 137. Dieser setzt er nun 2) die praescriptiones pro reo entgegen. §133. Sed his quidem temporibus, sicut supra quoque indicavimus, omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur. olim autem quaedam et

Das einzige bei Gaius erhaltene Beispiel einer solchen praescriptio pro reo, an welchem also hauptsächlich der Begriff klar zu machen ist, lautet: EA RES AGATUR, SI IN EA RE PRAEIUDICIUM HEREDITATI NON FIAT [72]), die in ihrer spätern Gestalt und in weiterer Anwendung als exceptio praeiudicii auch sonst in unsern Rechtsquellen vorkommt [73]). Sie bezieht sich auf die Reihenfolge, in welcher verschiedene Rechtssachen, in denen dieselbe Frage zur Entscheidung kommt, die also für einander präjudiciell sind, verhandelt werden sollen [74]). Diese Reihenfolge wird durch die beiden Regeln bestimmt, daß 1) die größere Sache der geringern, und 2) diejenige vorausgehen soll, welche jene Frage zum ausschließlichen Inhalt hat, während dieselbe in der zweiten nur einen Incidentpunkt bildet [75]), d. h. es soll dieser durch jene, nicht jener durch diese präjudicirt werden, nicht bloß nach der strengen Wirkung der res iudicata, sondern auch vermöge des unter den Geschwornen seit alter Zeit herrschenden Gebrauchs, möglichst früheren Urtheilssprüchen Anderer sich anzuschließen und also die Einheit der

pro reo opponebantur. qualis illa erat praescriptio: —, quae nunc in speciem exceptionis deducta est *rel.* Endlich 3) handelt Gaius in §§ 134. 135. von den Präscriptionen, wodurch die Klagen von Personen in fremder Gewalt auf den Gewalthaber übertragen werden, s. § 100. Auch 4) die praescripta verba der Klagen aus Innominatcontracten beruhen auf demselben Sprachgebrauch. S. § 96 Note 99. — Ueber die praescriptiones pro reo vgl. Savigny, System V. §. 225 S. 163. Puchta, Instit. § 171. Keller, Civilpr. § 43. Rudorff, Rechtsg. II. § 33 S. 117.

72) *Gai. cit.* § 133. Leider ist die folgende S. 234 der veronesischen Handschrift, welche die weitere Erläuterung und ohne Zweifel noch andre Beispiele enthielt, ganz unlesbar.

73) Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten. Gött. 1844. 8. §§ 29—33. Dernburg, Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. Heidelb. 1852. 8. *O. Buelow, Diss. de praeiudicialibus exceptionibus. Heidelb.* 1863. 8.

74) Hiervon handelt ex professo und sehr gründlich Planck cit. §§ 25—28 und *Buelow cit.*

75) Vgl. meine Versuche S. 123 folg. Daß auch der zweite Grundsatz schon der classischen Jurisprudenz angehöre, bestreitet Planck cit. S. 200 folg. und will alle Fälle, z. B. *L. 16. D. de except.* (44, 4), auf den ersten Grundsatz zurückführen. Allein richtig bemerkt dagegen Rudorff zu Puchta cit. Note f, daß das Miteigen-

Rechtspflege zu wahren [76]). Diese Reihenfolge wurde, insofern sie auf einem öffentlichen Interesse, z. B. auf dem größeren Ansehn des einen Gerichts, oder auf dem angedeuteten logischen Verhältniß der beiden Sachen beruhte [77]), durch den Prätor ex officio, und selbst dann noch wahrgenommen, wenn die zweite Sache bereits in Verhandlung war, also bis zur Entscheidung der ersten sistirt werden mußte. Aber auch der Beklagte, der mit der zweiten belangt wurde, konnte im eigenen Interesse, aber natürlich nur vor der Litis Contestatio, sich darauf berufen, und die Einrückung jener praescriptio oder exceptio beantragen [78]). Ausdrücklich wird dieß für drei Fälle bezeugt, auf welche die Sache aber nicht beschränkt war: 1) wenn der Erbe, statt mit der hereditatis petitio aufzutreten, Erbschaftssachen mit der specialis in rem actio einklagt, wobei er natürlich auch sein Erbrecht als Bedingung des Eigenthums beweisen muß, also durch das Urtheil darüber jener Klage präjudicirt würde [79]); oder, ohne zu besitzen, die Erbtheilungsklage

thum gewiß kein erheblicheres Object sei als die Theilung, und Planck cit. S. 250 muß selbst die Anwendung jenes Grundsatzes schon in der Zeit der Severe, also des Papinian, Ulpian u. s. w. zulassen; warum also nicht auch bei den frühern Classikern?

76) Planck cit. §. 26 weist die Beschränkung des Begriffs praeiudicium bei Cicero und Quintilian auf das Zweite überzeugend nach, bemerkt aber, daß er bei den classischen Juristen das Erste mit umfasse.

77) Einen Fall dieser zweiten Art enthält *L. 18. D. de except.* (44, 1).

78) Diese Beschränkung des Gebrauchs der praescriptio oder exceptio praeiudicii macht mit Recht *Buelow cit.* geltend, geht aber zu weit, wenn er sie nur in den ausdrücklich bezeugten Rechtsfällen zuläßt. In Bezug auf Statusklagen war sie allerdings entbehrlich, weil der Beklagte selbst klagen und dadurch die Sistirung der andern Klage veranlassen konnte. Dernburg cit. § 4 beschränkt die praescriptio auf die Concurrenz der hereditatis petitio und der Specialklagen des Erben. Aber warum sollte die exceptio praeiudicii nicht auch in anderen Fällen ursprünglich diese Form gehabt haben?

79) *Gai. cit.* § 133. Note 71. 72. quae nunc in speciem exceptionis deducta est, et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat: velut cum res singulas petat; esset enim iniquum *rel. desunt. L. 13. D. de except.* (44, 1). *Iulian.* Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet non obstare exceptionem QUOD PRAEIUDICIUM HEREDITATI NON

anstellt, die ja auch auf dem ~~von~~ ihm bestrittenen Erbrecht beruht[80]). Damit nun der hereditatis petitio als der wichtigern, die Erbrechtsfrage ausschließlich und ex professo vor den Centumvirn zur Entscheidung bringenden Klage nicht präjudicirt werde, setzt der Beklagte der geringeren, davon abhängigen die praescriptio oder exceptio praeiudicii entgegen. 2) Wer mit der actio confessoria wegen einer Prädialservitut gegen den Besitzer beider Grundstücke, des herrschenden und dienenden, klagt, wird von diesem durch die praescriptio oder exceptio praeiudicii genöthigt, zunächst sein Eigenthum am herrschenden Grundstück durch die Vindication zu erstreiten[81]). 3) Die iniuriarum actio wird durch diese Einrede zurückgewiesen, wenn die verletzende That auch den Gegenstand eines publicum iudicium bildet, diesem also durch die Privatklage präjudicirt würde[82]).

Fragen wir nun nach der Bedeutung und dem Erfolg dieser

FIAT. futuri enim iudicii, non facti nomine, huiusmodi exceptiones comparatae sunt. *L. 12. pr. C. I. de her. pet.* (3, 31). *L. 25. § 17. D. de her. pet.* (5, 3). *Ulp.* Die Beklagten mit der Vindication und der hereditatis petitio sind in diesem ausführlich erörterten Fall verschieden, so daß also nur ein indirecter Einfluß der einen Sache auf die andre oder ein Präjudiz im weiteren Sinne möglich ist. Gegen denselben Besitzer sind beide Klagen nie möglich, weil sie verschiedene Bedingungen in dessen Person voraussetzen. S. § 91 Note 15. 16.

80) *Gai. cit.* alio genere iudicii. *L. 1. § 1. D. fam. erc.* (10, 2). *Gai. ad edict. prov.* — quae quidem actio nihilo minus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet: sed si is qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere cum hac exceptione: SI IN EA RE, QUA DE AGITUR, PRAEIUDICIUM HEREDITATI NON FIAT *rel.*

81) *L. 16. D. de except.* (44, 1). *African.* Fundum Titianum possides, de cuius proprietate inter me et te controversia est; et dico praeterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi; exceptionem QUOD PRAEIUDICIUM PRAEDIO NON FIAT, utilem tibi fore putavit: videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse. *cf. L. 18. eod.*

82) *Cic. de inv.* II. 20. exceptio: EXTRA QUAM IN REUM CAPITIS PRAEIUDICIUM FIAT. Also zu Cicero's Zeit war diese praescriptio bereits in eine exceptio umgestaltet. Auch ist es ganz unbedenklich, das olim des Gaius Note 71 auf die Zeit des Formularprozesses vor Cicero zu deuten.

der Formula eingerückten praescriptio pro reo, so ergiebt sie sich aus ihrem Verhältniß zur Intentio. Diese bezeichnet den Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung des Judex; die ihr voranstehende Präscriptio aber weist ihn an, nur dann dazu zu schreiten, wenn dadurch nicht jener anderen Sache präjudicirt werde. Er wird also zunächst hierauf seine Untersuchung richten, und findet er die Behauptung des Beklagten, daß dieß der Fall sei, begründet, so wird er dieß aussprechen und sich alles Weitern enthalten, also sein Officium als beendigt ansehen müssen [83]). Die Folge war, daß der Kläger nicht nur in diesem Prozeß seinen Zweck nicht erreichte, sondern daß die Klage durch die Litis Contestatio consumirt, deren Erneuerung also ausgeschlossen war. Praktisch machte es also keinen Unterschied, daß man später dieser Einrede die Gestalt einer exceptio gab, durch welche der Judex angewiesen wurde, dieß Verfahren durch eine förmliche Absolution zu beendigen [84]). Ueberall sollte der Kläger durch diesen ihm drohenden Erfolg bewogen werden, diese Klage jetzt fallen zu lassen und erst nach Durchführung der andern sie wieder aufzunehmen [85]).

Da einige andre Exceptionen in einem ähnlichen Verhältniß zur Intentio stehen und noch in späterer Zeit vorzugsweise praescriptiones genannt werden, so ist es wahrscheinlich, daß auch für sie diese Wandlung eingetreten ist. Dahin gehört die exceptio rei iudicatae, durch welche der Beklagte behauptet,

83) *Quintil.* VII. 5, 2. aut intentio, aut praescriptio habet controversiam. 3. Cum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse. Der Ausspruch des Judex ist eine absolutio ab instantia, die aber in Verbindung mit der Litis Contestatio die Wirkung einer absolutio ab actione hat.

84) Nur daß die erneuerte Klage früher durch die exceptio rei in iudicium deductae, jetzt durch die exc. rei iudicatae ausgeschlossen war. So Planck cit. S. 8 und wesentlich ebenso Keller cit. S. 175. Anders Puchta cit. S. 178 folg. und Dernburg cit. § 5.

85) Man wende nicht ein, daß es also nie zur formula cum praescriptione gekommen sei; denn, ob die praescriptio begründet sei, konnte zweifelhaft sein, z. B. im Fall der *L. 25. § 17. D. de her. pet.* (5, 3). Ebenso bei jeder exceptio dilatoria; und eine solche war fortan die praescriptio praeiudicii. S. Note 98.

der Inhalt der Intentio dürfe deshalb nicht zum Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung gemacht werden, weil darüber früher bereits unter diesen Partheien rechtskräftig entschieden sei, die also gewissermaßen eine umgekehrte exceptio praeiudicii ist [86]. Ihr verwandt ist die Einrede des Vergleichs [87] und die der Verjährung [88]. Alle drei sind s. g. exceptiones litis finitae, die ja auch nach heutigem Recht als prozeßhindernd vor der Verhandlung der Sache selbst erledigt werden sollen. Ueberhaupt haben alle Präscriptionen den Zweck, die Klage aus formellen Gründen ohne Untersuchung der Sache zurückzuweisen [89].

Nachdem freilich alle praescriptiones pro reo die Form der Exceptionen erhalten hatten, wurde der Sprachgebrauch schwankend und praescriptio häufig als gleichbedeutend mit exceptio gebraucht [90].

86) Praescriptio nennen sie in *L. 42. D. de lib. causa* (40, 12). *Labeo*, in *L. 29. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *Pap. L. 63. D. de re iud.* (42, 1). *Macer. L. 10. L. 11. D. de except.* (44, 1). *Modestin. L. 3. C. I. de pet. her.* (3, 31). *Sever. et Ant. L. 1. C. I. si ex fals. inst.* (7, 58). *Iidem. L. 1. C. I. quib. res iud.* (7, 56). *Alex.*

87) *L. 9. pr. D. de transact.* (2, 15). *Ulp.*

88) *Dig.* 44, 3. *de diversis temporalibus praescriptionibus*, z. B. XX annorum. *L. 76. § 1. D. de contr. empt.* (18, 1). *L. 45. pr. D. de usurp.* (41, 3). *L. 13. pr. D. de except.* (44, 1), quinque annorum *L. 1. § 4. L. 2. § 2. D. ne de statu def.* (40, 15). Selbst auf die Fatalien der Appellation wurde der Ausdruck angewandt. *L. 3. pr. § 2. L. 19. D. de appell.* (49, 1).

89) *Quintilian* in Note 83. *L. 5. C. I. de pign.* (8, 14). *Antonin.* Non causa cognita, sed praescriptione superatus. Der Kirchenvater Tertullian, wahrscheinlich mit dem Juristen unter Sept. Severus und Caracalla identisch (Rudorff, Rechtsg. I. § 77), schrieb in diesem Sinn seine praescriptio adversus haereticos, in der er die Häretiker durch Ein formelles Argument, ohne sich auf die Widerlegung ihrer Irrlehren einzulassen, abweist. Ob Modestin in seinem lib. sing. de praescriptionibus das Wort in diesem engeren Sinne gebrauchte, wird aus den erhaltenen Fragmenten nicht klar. Die Rubrik *Dig.* 44, 1. unterscheidet nach Anleitung des Edicts exceptiones und praescriptiones.

90) Praescriptio peremptoria und dilatoria *L. 8. L. 12. C. I. de except.* (8, 35), praescriptio doli und in factum *L. 91. D. de solut.* (46, 3). *L. 23. D. de except.* (44, 1) u. s. w. — Nur in diesem weitern materiellen Sinne ist auch wohl in *L. 7. pr. D. qui satisdare* (2, 8). *cf. L. 50. §§ 1. 2. L. 52. pr. §§ 3. 4. D. de iud.*

Die römischen Juristen theilen die Exceptionen in exceptiones perpetuae oder peremptoriae, welche die Klage unter allen Umständen und für immer ausschließen, z. B. exceptio metus, rei iudicatae, pacti conventi ne omnino pecunia peteretur u. s. w., und temporales oder dilatoriae, die ihr nur zur Zeit entgegenstehen, denen der Kläger also ausweichen kann, wenn er die Klage jetzt fallen läßt und sie später wieder aufnimmt. Die dilatorische Exceptio ist, nach Gaius, entweder nur von der Zeit hergenommen (ex tempore), z. B. exceptio pacti conventi ne intra quinquennium peteretur u. A., oder von der Person des Klägers (ex persona), z. B. die exceptio cognitoria oder procuratoria, wenn der Kläger zur Bestellung eines Anwalts, oder der Anwalt zur Uebernahme des Geschäfts nicht befugt ist[91]). Doch gehört dahin auch die exceptio praeiudicii, welche z. B. die specialis in rem actio nur ausschließt, bis über die hereditatis petitio entschieden ist, und überhaupt jede Einrede, welche durch Aenderung der Umstände[92]) oder der Klagform beseitigt wird.

Dieß berührt einen andern Gegensatz, der sich mit jener Eintheilung der Exceptionen kreuzt, und den die römischen Juristen in seiner Allgemeinheit nicht hervorheben: nehmlich der Einreden, die sich auf die Sache selbst, und derjenigen, die sich nur auf den Prozeß, die Klagform beziehen[93]). Zu jenen gehört ebensowohl die dilatorische Einrede des für bestimmte Zeit, als die peremptorische des für immer geschlossenen pactum de non petendo; zu diesen nicht bloß die exceptio procurato-

(5, 1) von praescriptio fori die Rede, da der Magistrat selbst über seine Competenz erkannte. *L. 2. § §. L. 5. D. de iud.* (5, 1). A. M. Puchta cit. Note g.

91) *Gai.* IV. §§ 120—124. *L. 2. § 4. L. 3. D. de except.* (44, 1).

92) Daher z. B. die exceptio doli unter Umständen nur dilatorisch ist. *L. 15. D. de bon. poss. contra tab.* (37, 4). *L. 25. D. de bon. lib.* (38, 2). *L. 40. D. sol. matr.* (24, 3). *L. 2. § 6. D. de doli exc.* (44, 4) und umgekehrt eine dilatorische Einrede zur peremptorischen werden kann. *L. 58. D. de cond. ind.* (12, 6). Vgl. Keller cit. Note 394.

93) Vgl. Savigny cit. S. 171.

ria, sondern auch die praescriptio fori u. A. Und auf diese zweite Klasse bezieht sich der Ausdruck translatio, der nicht sowohl ein Rechtsmittel als eine Redeform des Vertheidigers bezeichnet [94]) und theils solche Einreden des Beklagten begreift, über die der Prätor entscheidet [95]), theils solche, die nach einer der Formula eingerückten exceptio [96]) oder auch ohne diese den Erfolg des Judiciums bestimmen [97]).

In dem Erfolg stehen sich die dilatorischen und peremptorischen Exceptionen gleich; denn auch jene, wenn sie der Formula eingerückt sind, verpflichten den Judex zur Absolution, bewirken also für den Kläger den Verlust der Sache selbst [98]).

Wie der Beklagte der Klage, so kann auch der Kläger der Exceptio, weil sie ein Recht ist, in zwiefacher Weise entgegentreten: nehmlich entweder dieß Recht selbst leugnen, oder ihm seinerseits ein ähnliches Recht, welches dasselbe in seiner Ausübung beschränkt, entgegensetzen. Dieß heißt replicatio und ist wesentlich eine exceptio exceptionis [99]). Um aber damit durchzudringen, muß sie ein stärkeres Recht sein, als die Exceptio des Beklagten, weil in pari causa dieser geschützt wird [100]). Dieß vorausgesetzt dient sie zur Unterstützung der

94) Er kommt daher nicht bei Juristen, sondern nur bei Rednern vor. *Cic. de invent.* II. 19. 20. I. 8. 11. *Auct. ad Herenn.* I. 12. 15. II. 12. *Quintil.* III. 6. §§ 46. 52. 60. 68—72.

95) Z. B. die praescriptio fori *Quintil. cit.* § 70. Non debes apud Praetorem petere fideicommissum, sed apud Consules: maior enim praetoria cognitione summa est.

96) Z. B. exceptio praeiudicii *Cic. de invent.* II. 20., exc. cognitoria *Quintil.* § 71. cognitor fieri non potuisti.

97) *Cic. de invent.* II. 19. ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportuit egerit. *Quintil.* § 71. non debuisti interdicere, sed petere.

98) *Gai.* IV. § 123. Observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem: alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit. nec enim post illud tempus, quo integra re *eam* evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest, re in iudicium deducta et per exceptionem perempta.

99) *Gai.* IV. § 126. *L. 1. §§ 1. 2. L. 22. § 1. D. de except.* (44, 1). Beispiele und Formeln s. bei Keller cit. § 37. Rudorff cit. § 32.

100) S. oben Note 19. 22. *L. 4. § 13. D. de doli exc.* (44, 4). *L. 154. D. de reg. iur.* (50, 17).

Intentio des Klägers [101]) und kann unter Umständen den Beweis derselben theilweise ersetzen [102]).

Gegen die replicatio ist wieder eine duplicatio, gegen diese eine triplicatio u. s. w. möglich [103]).

---

3. Die Partheien und ihre Vertreter.

§ 100. Die zwei Seiten des Rechtsstreits, die wir kennen gelernt, Klage (actio) und Vertheidigung (defensio), stehen in einem solchen Gegensatz zu einander, daß sie I) nur in Bezug auf zwei verschiedene Personen gedacht werden können [1]), die deshalb Partheien (partes) oder Widersacher (adversarii) heißen [2]), der Kläger (actor) und der Beklagte (is cum quo agitur, reus) [3]). Ein Rechtsstreit ist daher unmöglich,

101) *L. 10. C. I. de exc.* (8, 36). *Diocl. et Max.* Non exceptionibus actores, quibus reis auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem, si quam habeant, muniunt.

102) So braucht der Pfandgläubiger, wenn er gegen den Schuldner selbst oder dessen Erben klagt, nicht zu beweisen, daß jener zur Zeit der Verpfändung Eigenthümer oder bonae fidei possessor gewesen sei; weil er jeden Falls an die eigene Handlung oder an die seines Erblassers gebunden ist; nach dem Princip der replicatio doli wird eine actio utilis gegen ihn gegeben. *L. 21. § 1. L. 22. D. de pign.* (20, 1). *L. 41. D. de pign. act.* (13, 7). *L. 5. C. I. si aliena res* (8, 16).

103) *Gai.* IV. §§ 127—129. Beispiele und Formeln bei Keller und Rudorff cit.

1) *Gai.* IV. § 78. ipse mecum agere non possum.

2) Vgl. *Dirksen, Man. v. pars* § 4. Für adversarii *L. 4. § 7. D. fin. reg.* (10, 1). *Gai.* IV. §§ 16. 168. und sonst.

3) Reus heißt in den Zwölf Tafeln sowohl der Kläger als der Beklagte. S. § 31 Note 8. *Cic. de or.* II. 43. bezeichnet diesen Sprachgebrauch, den sein Zeitgenosse, der Jurist Aelius Gallus noch hat (*Festus v. reus M. p.* 273), als veraltet; im gemeinen Leben wurde nur der Verklagte, im Criminal- und Civilprozeß, so genannt. Das Edict nennt noch Letztern is cum quo agitur. *L. 3. pr. D. de iureiur.* (12, 2). Ait Praetor: SI IS CUM QUO AGETUR *rel.* Ulpian aber legt es beschränkend aus: eum cum quo agetur, accipere debemus ipsum reum. *cf. L. 34. § 3. eod.* und schon Gaius braucht den einen und andern Ausdruck ohne Unterschied.

wenn die Bedingungen der einen und andern Seite in Einer Person zusammenfallen [4]).

Der Kläger ist formell, als der Angreifende, in der günstigeren Lage bestimmen zu können, die gesetzlichen Bedingungen vorausgesetzt, wann [5]), wo und wie er klagen will; daher auch die Klage als seine freie That nach seiner Absicht ausgelegt [6]), andrerseits aber auch ein Fehler darin nicht entschuldigt wird [7]). Der Beklagte dagegen wird zur Einlassung auf die formell gesetzliche Klage genöthigt [8]) und, wenn er dabei ein Versehen begangen, leichter entschuldigt und in integrum restituirt [9]).

4) Anfänglich, zwischen Vater und Sohn, weil dieser ihm erwirbt; daher nicht in Bezug auf das peculium castrense *L. 4. D. de iud.* (5, 1). *L. 16. D. de furtis* (47, 2) und in den Ausnahmefällen des ius extraordinarium in Form der Cognitio. *L. 5. D. de agn. et al. lib.* (25, 3). *L. 19. D. de ritu nupt.* (23, 2). *L. 92. D. de cond. et dem.* (35, 1). Auch ein gesetzlicher Beistand, der Tutor, kann weder als Auctor, noch als Stellvertreter des Pupillen in der eigenen Sache handeln, *Gai.* IV. § 184. *Ulp.* XI. 24. *Arg. L. 12. pr. D. de adm. tut.* (26, 7); und beide Theile können nicht denselben Procurator haben *L. 42. § 6. D. de procur.* (3, 3). In der Folge erlischt der Rechtsstreit, wenn beide Seiten in Einer Person zusammenfallen (confusio), durch Abrogation *Gai.* IV. § 78. *L. 11. D. de iud.* (5, 1) oder Beerbung *L. 33. D. de fidei.* (46, 1). *L. 75. D. de solut.* (46, 3). *L. 7. C. I. D. de pactis* (2, 3). *L. 5. C. I. de her. act.* (4, 16).

5) *L. 42. fin. D. de reg. iur.* (50, 17). *Gai.* — qui agit, certus esse debet, cum sit in potestate eius, quando velit experiri: et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere.

6) *L. 83. § 1. D. de verb. obl.* (45, 1). *Paul.* Stipulatio ex utriusque consensu valet: iudicium autem etiam in invitum redditur: et ideo actori potius creditur; alioquin semper negabit reus se consensisse. *cf. L. 61. pr. L. 66. D. de iud.* (5, 1). *L. 12. D. de reb. dub.* (34, 5). Wohl zu merken: in dieser Stelle ist nicht von der Consumtion durch die Litis Contestatio, sondern von der Verhandlung im Judicium die Rede, von welcher der Beklagte geneigt sein könnte, Dieß oder Jenes auszuschließen. Vgl. Krüger, Consumtion S. 65.

7) Z. B. plus und minus petitio. *Gai.* IV. §§ 53—58. S. Note 9.

8) *L. 54. pr. D. de procur.* (3, 3). *L. 2. § 3. L. 3. L. 8. D. de iud.* (5, 1). *L. 71. § 2. D. de leg.* 1. (30). *L. 83. § 1. cit.* in Note 6. Vgl. unten § 106.

9) *Gai.* IV. § 57. facilius enim reis Praetor succurrit, quam actoribus. *cf.* § 125. *Idem ad edict. prov. L. 125. D. de reg. iuris* (50, 17). Favorabiliores rei potius, quam actores habentur, nicht sunt partes rei, wie Wetzell, Civilpr. § 5 Note 5 citirt.

In der Sache selbst aber ist die Rolle des Klägers die schwierigere, weil ihm die Beweislast (onus petitoris) obliegt; der Beklagte dagegen genießt den großen Vortheil (commodum possessoris), daß, wenn überhaupt nichts bewiesen ist [10]), oder die Rechtsgründe [11]) oder die Stimmen der Richter sich gleichstehen [12]), das Urtheil für ihn gesprochen wird. Dieß Urtheil ist freilich immer nur ein negatives, Absolution, der Kläger kann nicht condemnirt werden. Uebrigens soll auch im Verfahren Beiden gleiches Recht zu Theil werden [13]).

Die Formula als Ausdruck des beginnenden Rechtsstreits, der auch dessen Fortgang und Ende bestimmt, muß natürlich neben der Sache auch die betheiligten Personen mit Namen nennen und Jeder ihre Stelle als Kläger oder Beklagter anweisen. Zwar die Formulare des Edicts sprechen regelmäßig nur von Diesem und Jenem (IS, ILLE) [14]), und bedienen sich eines Beispielnamens (L. TITIUS) nur für dritte Personen [15]), oder um sonst Verwechselung zu verhüten [16]). Aus demselben Grunde nennt die Lex Rubria in ihren verwickelten Formeln den Kläger Q. LICINIUS und den Beklagten L. SEIUS [17]), wie man auch sonst sich solcher willkührlich gewählter Namen bediente [18]). Erst in der Schule der classischen Juristen wurden die bezeichnenden Formelnamen, AULUS AGERIUS für den Kläger und NUMERIUS NEGIDIUS für den Beklagten, stehend [19]); nur

10) S. § 99 Note 9 und § 109.

11) In pari causa possessor potior habetur. S. § 99 Note 19.

12) *L. 38. pr. D. de re iud.* (42, 1).

13) Non debet actori licere, quod reo non permittitur sagt Ulpian, gleichfalls in Fürsorge für den Beklagten. *L. 41. pr. D. de reg. iur.* (50, 17).

14) So in allen Interdictsformularen *Dig.* 43. und in der Formel der actio constitutae pecuniae *L. 16. § 2. D. de pec. const.* (13, 5). Ebenso *Gai.* IV. § 46., weil die Partheien als patronus und libertus hinreichend gekennzeichnet sind.

15) Z. B. der Testirer *L. 1. pr. D. de tab. exhib.* (43, 5), der Defraudator *L. 10. pr. D. quae in fr. cred.* (42, 8).

16) *L. 1. pr. L. 3. pr. D. de lib. exhib.* (43, 30).

17) *Lex Rubr. c.* 20.

18) *Cic. Verr.* II. 12. P. Servilius und Q. Catulus. *pro Tullio* 29. M. Tullius und M. Claudius.

19) So Gaius Inst. durchweg und das erstemal mit der Erklärung: AULUS AGERIUS, id est

dritte Personen erhalten andre römische [20]) und Peregrinen griechische Namen [21]). Daß aber im einzelnen Fall die Namen der wirklichen Partheien substituirt wurden, was die Lex Rubria ausdrücklich zu befürworten nöthig fand, versteht sich von selbst [22]).

Was die Stellung der Partheien in den verschiedenen Theilen der Formula betrifft, so kann in der Intentio, sie mag in ius oder in factum concepta sein, und ebenso in der sie ergänzenden Demonstratio, der Name des Klägers, für dessen Person das streitige Recht oder dessen Entstehung behauptet wird, nie fehlen. Der Beklagte wird als Schuldner darin genannt bei jeder in personam actio; nicht bei in rem actiones, außer bei der actio negatoria, welche ein Recht des Beklagten leugnet, und bei Präjudicialklagen, wenn der Kläger Potestas oder Patronat über den Beklagten behauptet. In der Condemnatio, wenn die Formel eine solche hat, erscheinen allemal beide Theile, der Kläger, zu dessen Gunsten eventuell die

ipse actor. Ebenso Paulus in *Coll.* II. 6. §§ 4. 5. und Florentinus in der Formel der stipulatio Aquiliana. *L. 18. § 1. D. de acceptil.* (46,4). Vgl. *Notarum laterc. ed. Mommsen* in *Keil, Gramm. p.* 304. *Vatican.* A. = Aulus *p.* 325. *Einsiedl.* N. N. = Numerius Negidius. Die Siglen A. A. und N. N. waren ebenso passend als ihre Auflösung, die an den erinnert, qui ait et agit, und an den, qui numerare negat.

20) Der Erblasser *Gai.* IV. § 34., der Cognitor und sein Dominus §§ 83. 86., der Hauptschuldner bei der Klage gegen den Bürgen § 137.

21) *Gai.* IV. § 37. SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS . . . . FURTUM FACTUM ESSE. Die Lücke ergänzt aus den von Bluhme gelesenen Zeichen: c r. mei filio, denen wohl auch ein Schreibfehler des Librarius zum Grunde liegt, Lachmann: HERMAEI FILII, Huschke: GRAECI L. TITII. Der Vatersname ist in Formeln so ungewöhnlich, als graecus für den Dio überflüssig. Der Name des Klägers dagegen durfte nicht fehlen und die Sache verlangte ihn als römischen Bürger zu bezeichnen; vielleicht also: c. r. uig. L. Titio = CIVI ROMANO, verbi gratia L. TITIO. *cf. Gai.* IV. §§ 34. 83. 86. *Keil, Gramm. Notarum laterculi ed. Mommsen* VI. *Vaticanae p.* 314. 7. u.g. oder uig. = verbi gratia.

22) Mit der Frage, wie es zu halten sei, wenn eine Parthei zwischen der Stipulation und der Litis Contestatio ihren Namen geändert hatte, beschäftigte sich der Jurist P. Aufidius. *Priscian.* 8, 4. *p.* 791. *Putsch.* Vgl. Rudorff zu Puchta § 164 Note a.

Condemnation erfolgen, und der Beklagte, der je nach Befund condemnirt oder absolvirt werden soll [23]).

So gestaltet sich das Verhältniß bei einem einfachen Rechtsstreit. Anders II) in den Fällen, wo Jeder **Kläger und Beklagter zugleich ist** [24]), insbesondre bei den Theilungsklagen (iudicia divisoria) und den interdicta retinendae possessionis. Die ersteren haben noch das Besondere, daß in Einem Judicium und nach Einer Formula mehr als zwei Personen, nehmlich so viele, als in der aufzuhebenden dinglichen Gemeinschaft stehen, in jener Doppelrolle auftreten können [25]). Ebenso, scheint es, bei der bloß obligatorischen Gemeinschaft, der Societät [26]). Auch die duplicia iudicia sind übrigens nur unter solchen, die Gegner (adversarii) sein können, möglich [27]), und insofern Einer prozessualisch vorzugsweise als Kläger behandelt werden muß, namentlich in Bezug auf Beweislast [28]), gilt derjenige dafür, der zuerst auf gerichtliche Entscheidung provocirt hat; eventuell entscheidet das Loos [29]).

23) S. oben §§ 87, 92 und 97.

24) S. § 99 Note 4. 5. 6. Die Hauptfolge ist, daß Jeder condemnirt werden kann; aber auch in Bezug auf das iusiurandum calumniae *L. 44. § 4. D. fam. erc.* (10, 2). *Gai.* IV. §§ 172. 174. und die Cautionen *L. 15. § 1. D. de procur.* (3, 3) ist Jeder Kläger und Beklagter zugleich.

25) *L. 11. § 2. D. de iurisd.* (3, 1). *Gai.* Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum *rel.* Für die beiden ersten wird es überall vorausgesetzt; für die letzte s. *L. 4. § 8. D. fin. reg.* (10, 1). *Festus epit.* v. *Contestari litem M. p.* 57. duo aut plures adversarii. Einen Theil der Formel giebt *Gai.* IV. §. 42. und vermeidet die gewöhnlichen Partheinamen wegen ihrer ungewöhnlichen Stellung. — Uebrigens ist die gerichtliche Aufhebung der Gemeinschaft auch nur unter einigen Theilhabern möglich. *L. 2. § 4. D. fam. erc.* (10, 2). *L. 8. pr. D. comm. div.* (10, 3).

26) *Arg. L. 52. § 14. D. pro socio* (17, 2).

27) *L. 4. §§ 6. 7. D. fin. reg.* (10, 1).

28) Bei Theilungsklagen für die Vorfrage, ob und zu welchem Theil der Kläger Miterbe oder Miteigenthümer sei, insofern sie im Theilungsprozeß selbst zur Untersuchung kommt *L. 1. § 1. D. fam. erc.* (10, 2). Wetzell, Civilpr. S. 23. Bei Besitzklagen für die Hauptsache. Savigny, Besitz § 37 a. E.

29) *L. 13. L. 14. D. de iud.* (5, 1). *L. 2. § 1. D. comm. div.* (10, 3). Zunächst wurde Einem die prima actio im Judicium und damit die Beweislast zugetheilt. A. M. Planck, Mehrheit der Rechtsstr. S. 132 folg. Worin sollten aber

In andrer Weise III), nehmlich ohne Vermischung der Partheirollen, können mehrere Kläger oder mehrere Beklagte gemeinschaftlich, nach dem Ausdruck der Neueren als Streitgenossen (s. g. litis consortes), auftreten. Da aber ihre Verbindung entweder eine engere, durch Eine Formula, die hier für uns maßgebend ist, oder eine weitere, nur vor demselben Judex, in verbundener oder getrennter Verhandlung, sein kann, so bleibt, um Wiederholungen zu vermeiden, die Betrachtung aller dieser Fälle besser dem folgenden § überlassen.

Endlich IV) können dritte Personen zu dem streitigen Rechtsverhältniß (actio) rücksichtlich seiner Begründung oder seines Erfolgs in einer Beziehung stehen, zu deren Ausdruck die Formula gleichfalls geeignet war. Diese Beziehung beruht entweder auf Succession oder auf Repräsentation, und besteht entweder von Anfang des Rechtsstreits oder tritt erst in dessen Lauf ein.

Auf Succession beruht es, daß die zur Erbschaft gehörigen Klagen einer ihnen ursprünglich fremden Person, dem Erben und gegen ihn gegeben werden (actiones hereditariae). Da der Civilerbe in alle Rechtsverhältnisse (omne ius) des Erblassers, insofern sie nicht höchst persönlicher Natur sind, eintritt, so wird auch die Intentio jener Klagen, die das streitige Rechtsverhältniß bezeichnet (in ius concepta), auf seinen Namen gefaßt[30]). Die thatsächliche Begründung desselben in der Intentio oder Demonstratio aber ist aus der Person des Erblassers herzunehmen[31]). Bei dem prätorischen Erben und dem Bonorum Emptor wird die Begründung der Klage außerdem durch die Fiction, daß er Erbe sei, vermittelt[32]). Die Con-

die verschiedenen „Formalitäten" für den Kläger und den Beklagten bestanden haben? (49, 8).

30) *Gai.* IV. § 34. *L. 93. pr. D. de solut.* (46, 3). Die Fassung auf den Namen des Verstorbenen würde das Judicium null machen. *L. 74. § 2. D. de iud.* (5,1). *L. 2. § 1. D. quae sent. sine app.*

31) Beweise fehlen, es ist aber nicht anders denkbar. Vgl. *L. 93. pr. cit.* hereditario nomine. *L. 10. D. de act. empti* (19, 3). Etwas anders Keller, Lit. Cont. und Urtheil S. 167 Note 3.

32) *Gai.* IV. §§ 34. 35.

demnatio ist natürlich allemal auf den Erben zu richten, für den die Klage wirksam werden soll.

Repräsentation in Begründung des streitigen Rechtsverhältnisses findet statt bei dem Erwerb des Rechts durch Personen in unsrer Gewalt; desgleichen bei der Verpflichtung durch dieselben oder durch einen freien Geschäftsführer. Für den ersten Fall besitzen wir ein ausdrückliches Zeugniß dafür, daß die intentio in ius concepta zwar den Inhaber des Rechts, den Herrn, den Vater u. s. w., die Demonstratio aber, oder, wo diese fehlt, eine eigene Präscriptio den erwerbenden Sklaven oder Haussohn nannte [33]). Bei in factum actiones muß die Intentio selbst, um wahr zu sein, diesen irgendwie erwähnt haben. Die Condemnatio natürlich wurde immer zu Gunsten des Herrn, des Vaters u. s. w. gefaßt, für welchen das verfolgte Recht auch Erfolg haben soll.

Das umgekehrte Verhältniß findet bei der Verpflichtung durch einen Repräsentanten statt. Direct ist diese zwar nach dem weisen Grundsatz des römischen Rechts, selbst durch Personen in unsrer Gewalt, nicht möglich; jede obligatorische Handlung, Contract oder Delict, verpflichtet zunächst nur den Handelnden selbst, den Haussohn wie den Freien civiliter, den Sklaven deshalb nur naturaliter, weil eine Klage gegen ihn nicht gegeben werden kann [34]). Allein sowohl das Bedürfniß, diesen abhängigen Personen in Bezug auf das gunstweise verliehene Sondergut (peculium) Geschäfte aller Art möglich zu machen, als sich im eigenen Interesse ihrer als Geschäftsführer zu bedienen, muß frühzeitig den Prätor veranlaßt haben, aus ihren Contracten ausnahmsweise auch gegen den Herrn oder den Vater eine Klage zu gewähren, welcher die Formulae

33) *Gai.* IV. § 134. — intentione formulae determinatur is, cui dari oportet; et sane domino dari oportet, quod servus stipulatur. at in praescriptione de facto (*cod.* pacto) quaeritur, quod secundum naturalem significationem verum esse debet. *cf.* § 135. Husche, Zeitschr. für gesch. RW. XIII. S. 325 folg.

34) *L. 8. § 4. D. de acceptil.* (46, 4). *L. 39. L. 14. D. de obl. et act.* (44, 7).

sich leicht anpassen ließen [35]). Denn es brauchte nur der auf den Repräsentanten als den eigentlichen Contractsschuldner gerichteten Intentio [36]) eine Condemnatio, die den Judex anwies, den Herrn oder den Vater in solidum oder nach dem Maaß seiner Verpflichtung (de peculio deve in rem verso) zu condemniren [37]), hinzugefügt zu werden, so war der beabsichtigte Erfolg erreicht. Es sind also diese Klagen nur Contractsklagen, deren Bezug auf den Gewaltherrn durch einen besondern Zusatz (adiectio) ausgedrückt wird [38]).

35) Die sogenannten actiones adiecticiae qualitatis. Auch diese begründen keine Repräsentation im eigentlichen Sinne, so daß die Verpflichtung durch den Repräsentanten auf den Dominus überginge, sondern beruhen auf einem directen Verhältniß des Letztern zu dem dritten Contrahenten, dessen Grundgedanken die actio quod iussu und de in rem verso deutlich machen; daher auch Beide haften. *L. 5. § 1. D. de ex. act.* (14, 1). Non transfertur actio sed adicitur. *L. 44. L. 45. D. de peculio* (15, 1). Ueber die Form dieser Klagen würden wir noch mehr wissen, wenn *Gai.* IV. §§ 69—74. weniger lückenhaft wäre. *cf. Dig.* 14. 15 Inwiefern auch die actio exercitoria und institoria ursprünglich einen Sklaven oder Haussohn als magister oder institor voraussetzten, s. in *L. 1. pr. D. de exerc. act.* (14, 1). *Gai. cit.* § 71. Ueber die Formeln aller dieser Klagen vgl. Keller, Instit. 1854—1858. S. 163 folg.

36) *L. 30. pr. D. de peculio* (15, 1). *Ulp.* — intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. *Keller, Diss. ad L. 32. pr. D. de peculio. Goett.* 1825. und dessen Aufsatz in Bekker's Jahrbuch III. 6. Die *L. 32. pr.* selbst ist dafür insofern kein Beweis, als darin intentio nicht den so benannten Theil der Formel, sondern die Klage im Gegensatz der perceptio oder Zahlung bezeichnet. Die Qualität des Repräsentanten, daß er als Sklave, Haussohn, Magister, Institor oder selbst auf Geheiß (quod iussu) gehandelt habe, mußte natürlich auch in der Intentio oder einer sie ergänzenden Demonstratio, deren Stelle bei der actio certa eine Präscriptio vertrat, erwähnt werden. Beim Sklaven kam, wenn die intentio in ius concepta war, noch die Fiction hinzu, daß er ein Freier sei, denn nur von diesem konnte ein dare facere oportere behauptet werden.

37) *§ 4. I. quod cum eo, qui in al. pot.* (4, 7) (aus *Gai.* IV. § 73.). — una est actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur: tamen duas habet condemnationes. *Gai.* IV. § 74. *fin.* — nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.

38) *L. 19. D. de in rem verso* (15, 3). *Paul.* — de peculio; — quod in rem versum est, quae tamen adiectio tunc necessaria esset *rel.* Daher actio empti, locati oder überhaupt civilis de peculio *L. 3. § 6. D. si mensor* (11, 6) im Gegensatz der vulgaris formula *cf. L. 42. pr.*

Noch weniger kann bei Delicten eine passive Repräsentation gedacht werden, weil die Missethat keine rechtliche Handlung ist und schlechthin nur den Thäter verpflichtet [39]). Aus den Delicten eines Sklaven oder Haussohnes ließen jedoch schon die alten Leges, insbesondre die Zwölf Tafeln wegen Furtum, und die Lex Aquilia wegen Damnum, nach der altrömischen Anschauung von der Einheit des Hauses (domus, familia) und seiner Vertretung durch den Hausherrn und Vater (dominus, paterfamilias), die Verpflichtung desselben eintreten, den Thäter dem Verletzten auszuliefern (noxae dare), wenn er nicht die Buße (litis aestimatio) für ihn zahlen will [40]). Dasselbe Princip wandte der Prätor dann auch auf die von ihm eingeführten Pönalklagen an [41]). Die Formula der civilen Noxalklagen drückte in ihrer Intentio die Verpflichtung des Herrn oder Vaters wegen der Noxa des Sklaven oder Sohnes aus [42]), die prätorischen, weil in factum concipirt, die Noxa selbst als Thatsache [43]). Bei Beiden wurde der Ju-

D. de furtis (47, 2), während andrerseits auch von der actio de peculio, formula exercitoria u. s. w. schlechthin und zwar als prätorischen Klagen die Rede ist. S. *Gai. cit.* Vgl. überhaupt Keller, Litis Contestation und Urtheil §§ 50. 51. Civilpr. § 32 und Note 453. 478. Rudorff, Rechtsg. II. § 48.

39) Auch nicht den Erben, s. § 95 oben S. 297.

40) *Gai.* IV. §§ 75—79. Für die civilen Noxalklagen § 76 und *L. 2. § 1. D. de nox. act.* (9. 4). Nach Analogie des Staats, der den Verbrecher an einem andern Volke diesem ausliefert.

41) *Gai.* § 76. *cit.* nennt die actio iniuriarum und vi bonorum raptorum. Es galt aber auch für alle andren *L. 1. § 2. D. de priv. del.* (47, 1). *L. 49. D. de obl. et act.* (44, 7). *L. 9. § 4. D. de dolo* (4, 3). *L. 9. § 1. D. quod falso tut.* (27, 6). *L. 17. pr. D. de damn. inf.* (39, 2), auch die pönalen Interdicte, insbesondre unde vi und quod vi aut clam. *L. 5. D. de interdictis* (43, 1). Schmidt, Interdictenverfahren S. 171 folg. Prätorisch war auch die actio in solidum gegen den, der die Potestas ableugnete oder der sich derselben dolo malo entschlagen hatte. *L. 21. § 2. L. 26. § 2. D. de nox. act.* (9, 4).

42) *L. 42. § 1. D. de nox. act.* (9, 4). *Ulp.* — absolvi debet, quia desiit verum esse, propter eum (*sc. servum mortuum*) dare oportere. *cf. Gai.* IV. § 81. Bei Furtum: PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERE u. s. w. In einer Demonstratio oder Präscriptio mußte die That des Sklaven bezeichnet werden. Vgl. *Keller, Diss. cit. p. 52. sq.*

43) In dem interdictum UNDE VI nahm die gewöhnliche Formel

der in der Condemnatio angewiesen, den Herrn oder Vater alternativ zur Zahlung der Litis Aestimatio oder zur Noxae Datio zu verurtheilen [44]. In einzelnen Fällen, z. B. wenn der Herr um das Delict wußte und es nicht verhindert, und wenn er die Potestas ableugnet oder sich dolo malo derselben entschlagen hat, wird die Klage gegen ihn ohne diesen Beisatz (sine oder detracta noxae deditione, in solidum) gegeben [45].

Auch Repräsentation, nicht bei Begründung des streitigen Rechtsverhältnisses, sondern in seiner gerichtlichen Verfolgung, im Prozeß selbst [46], welche bei der Legis Actio nicht statt fand, ist durch den Formularprozeß möglich geworden. Das Bedürfniß dazu wurde zunächst für einzelne Fälle, durch Zulassung eines Cognitors für die Parthei, die wegen Alter oder Krankheit persönlich vor Gericht nicht erscheinen kann, anerkannt [47]. Dann aber traf der Prätor in seinem Edict

durch die Worte AUT FAMILIA TUA auf diesen Fall Rücksicht *L. 1. pr. D. de vi* (43, 16). *Cic. pro Tullio* 44; bei QUOD VI AUT CLAM wurde er als darin begriffen angesehen. Schmidt cit. S. 173 folg. 176.

44) *L. 1. pr. D. de his qui eff.* (9, 3). Praetor ait: — in iudicio adiciam: AUT NOXAE DEDERE. *L. 6. § 1. D. de re iud.* (42, 1). *Ulp.* Decem aut noxam dedere condemnatus. Vgl. Rudorff, Rechtsg. II. S. 165. Hierin liegt die Aehnlichkeit der Noxalklagen mit den arbitrariae actiones. *§ 31. I. de act.* (4, 6). Vgl. oben § 94 Note 67. 77. Auch ist von dem arbitrium oder officium iudicis hier die Rede. *L. 14. § 1. L. 17. § 1. D. de nox. act.* (9, 4).

45) *L. 3. L. 4. L. 5. L. 21. § 2. D. eod.* In diesen Fällen, weil er sich selbst schuldig gemacht hat. Auch ohne diese Schuld gegen den Publicanus. *L. 1. pr. D. de publican.* (39, 4).

46) Quellen: *Gai.* IV. §§ 82—87. 97—101. *Paul.* I. 2. *de cognitoribus.* 3. *de procuratoribus. Fr. Vat. tit. de cognitoribus et procuratoribus.* §§ 317—341. *Cod. Theod.* 2, 12. *de cognitoribus et procuratoribus. Dig.* 3, 3. *de procuratoribus et defensoribus.* 4. *quod cuiuscumque universitatis nomine agatur. Cod. Iust.* 2, 13. *de procuratoribus.* — Litteratur: Meine Versuche. Berlin 1827. III. S. 138—249. Keller, Litis Contestation und Urtheil. Zürich 1827. §§ 39—43. Civilpr. Berlin 1855. §§ 52. 54. Puchta, Instit. § 156. Rudorff II. §§ 17. 18. Wetzell, Civilpr. §§ 9—11. Bekker, Consumtion. 1853. §§ 12. 13. Krüger, Consumtion. 1864. § 14 S. 86 folg.

allgemeine Veranstaltungen, welche die Prozeßführung für einen Andern (agere alieno nomine) durch Stellvertreter der verschiedensten Art (cognitores, procuratores, defensores, actores municipum, tutores, curatores) möglich machten [48]). In den erhaltenen Bruchstücken des Edicts spricht er zunächst von dem Cognitor als der Hauptart, dann von allen andern zusammengenommen, und setzt dabei die verschiedene Bestellung derselben, wie es scheint, als bekannt voraus [49]). Darüber geben andre Quellen vollständigen Aufschluß.

Der Cognitor ist ein Bevollmächtigter, den der Kläger oder der Beklagte durch mündlich, in Gegenwart seines Widersachers (coram adversario) ausgesprochene förmliche Worte (certa verba) für die bestimmte Rechtssache sich substituirt [50]).

47) Also gerade in den Fällen, wo das Zwölftafelgesetz ihr Erscheinen dennoch verlangt und möglich gemacht hatte. S. § 32 Note 8. *Auct. ad Herenn.* II. 13. Ex aequo et bono ius constat —: UT MAIOR ANNIS LX ET CUI MORBUS CAUSA EST, COGNITOREM DET. Ex eo vel novum ius constitui convenit ex tempore et hominis dignitate. Es scheinen Worte eines Gesetzes, später als die Lex Aebutia. Daß der Cognitor schon zur Zeit der Legis Actiones zugelassen worden, wie Huschke, Zeitschr. für gesch. RW. XIII. S. 307 u. A. annehmen, ist mir deshalb unwahrscheinlich, weil Gaius cit., dieser Kenner des Alterthums, das agere alieno nomine für jene Zeit, außer in zwei Fällen, unbedingt ausschließt. K. A. Schmidt (*Cic. pro Qu. Roscio com. Lips.* 1839. *p.* 29.) vermuthet, daß der Cognitor damals nur im Judicium zugelassen wurde.

48) *Lex Rubr. c.* 21. *v.* 5. aut ei quoius nomine ab eo petetur. *c.* 22. *v.* 30. aut iei, quoius nomine ab eo petetur quomve eo agetur. *Gai.* § 82. *cit.* Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno. alieno veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim *rel.* Das beliebte veluti war hier gut angebracht, denn der actor municipum ist ausgelassen. *cf. L.* 5. *§ 10. D. quod vi* (43, 24). Ob dem Kleinasiaten Gaius der syndicus geläufiger war? S. unten Note 84.

49) Vgl. Rudorff's Restitution desselben in Zeitschr. f. Rechtsg. IV. X. S. 71—87. Die Bestellungsform des Cognitor stand wohl durch ältere Sitte fest. S. Note 47. Nur wer einen solchen bestellen und wer es werden könne, bestimmte das Edict, und für alle andern Stellvertreter bezog es sich darauf. *Fr. Vat.* §§ 322. *sq.* Rudorff cit. S. 77 folg.

50) *Gai.* IV. § 83. Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. nam actor ita cognitorem dat: QUOD EGO A TE verbi gratia FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO; adversarius: QUANDO TU A

Es kann vor Gericht, aber auch außergerichtlich geschehen[51]). Auch braucht der Cognitor nicht gegenwärtig zu sein; doch wird er erst Cognitor, wenn er seine Bestellung erfährt und das Amt übernimmt[52]). Sein Verhältniß zum Dominus beruht also auf Mandat, welches aber für den Gegner kaum in Frage kommt. Denn die Uebernahme des Auftrags von Seiten des Cognitors wird ihm durch dessen Auftreten vor Gericht gewiß; die Zurücknahme von Seiten des Dominus aber müßte in Folge jener förmlichen Bestellung ihm angezeigt werden[53]); und der Tod des Dominus, der allerdings auch das Mandat löst und überdieß das Judicium unmöglich macht[54]), kann ihm

ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM PUBLIUM MAEVIUM COGNITOREM DO. potest, ut actor ita dicat: QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO; adversarius ita: QUANDO TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO. Diese zweite Formel begreift allerdings auch die persönliche Klage unter sich; hauptsächlich will aber Gaius damit sagen, daß der Gegenstand des bevorstehenden Prozesses nicht speziell bezeichnet zu werden brauche. Daß die Litis Contestatio noch nicht stattgefunden, ist durch die Sache und den Ausdruck gewiß. Vgl. Huschke, Zeitschr. für gesch. RW. XIII. S. 306 folg. mit Puchta, Instit. II. S. 56 Note 9. Auch sonst waltet dabei nicht die Strenge der Legis Actio. *Fr. Vat.* §§ 318. *sq.* Aber die condicio, welche die Legitimation des Cognitor ungewiß machte, ist ausgeschlossen. *Fr. Vat.* § 329.

51) *Interpr. ad L. 7. C. Th. h. t.* praesente Iudice ist kein zureichender Grund, dieß für die ältere Zeit anzunehmen, da es sich offenbar auf den procurator apud acta factus der spätesten Zeit bezieht.

52) *Gai. cit.* nec interest, praesens an absens cognitor detur. sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris. Gegen dieses sichere Zeugniß beweisen nichts *Festus epit. M. p.* 57. v. *Cognitor* est, qui litem alterius suscipit coram eo, cui datus est; denn Paulus hat in seiner Epitome offenbar den Text des Festus, der wie die Stelle des Gaius lautete, falsch zusammengezogen, und *Isidor. Diff. c.* 223. Cognitor non nisi praesens a praesente praesenti datur. — Auf welchen andern Rechtsgrund als auf Mandat das Verhältniß zum Dominus zurückgeführt werden kann, sehe ich nicht ein. Vgl. *L. 42. § 2. D. h. t.*, wo procurator für cognitor interpolirt scheint. Sine mandato in der *Interpr. L. 7. C. Th. h. t.* für den proc. apud acta factus heißt ohne schriftliche Vollmacht.

53) *Arg. L. 65. D. de procur.* (3, 6). Vgl. unten Note 77. 79. Es entspricht dieß den bekannten Grundsätzen der actio quod iussu *L. 1. pr. §§ 1. 2. D. quod iussu* (15, 4) und der Zahlungsanweisung.

54) *L. 74. § 2. D. de iud.* (5, 1).

nicht unbekannt bleiben[55]), da überall dessen Gegenwart am Gerichtsort vorausgesetzt wird[56]). Darauf aber kann sich der Gegner noch immer in Jure berufen, auch andere den Umfang der Vollmacht oder die Person des Dominus oder des Cognitors betreffende Einreden (exceptiones cognitoriae) vorschützen, er hat durch sein Schweigen bei der Bestellung nicht in dieselbe consentirt[57]). Findet sich aber kein Anstand der Art, so ist der Cognitor ein Prozeßanwalt, dessen Legitimation für den Gegner und mittelbar für den Prätor in wünschenswerthester Weise festgestellt ist. Schon in Cicero's Zeit wurde sein Geschäft als ein nicht eben sehr ehrenvolles Gewerbe betrieben[59]).

Der **Procurator** ist nach dem juristischen Sprachgebrauch derselben Zeit[60]) der Generalbevollmächtigte eines vom

55) *Fr. Vat.* § 332. *Pap.* Cum autem certum est mandatum perseverare, id est cum praesens est dominus *rel.*

56) *Pseudo-Ascon. in Divin. c.* 4. *Orelli* § 11. procurator, si absentis negotium suscipit; aut cognitor, si praesentis causam tuetur. S. unten Note 75. 76.

57) *Gai.* IV. § 124. *Quintil.* III. 6. § 71. Für den Umfang der Vollmacht s. *L.* 48. *Gai. L.* 62. *Pomp. L.* 78. *§ 1. African. D. h. t. cf. L.* 56. *L.* 57. *pr. eod.*

58) Sein Auftrag geht nur auf die Führung des Prozesses, nicht auf Disposition über die Sache, Zahlung, Vergleich u. s. w. *Arg. L. 13. pr. D. de pactis* (2, 14). *L. 86. D. de solut.* (46, 3). S. Note 134. *L. 7. C. l. de transact.* (2, 4).

59) *Cic. pro Caec.* 5. *Horat. Serm.* II. 5, 34. *sqq. Sueton. Vitell.* 2. — Für die Etymologie des Namens vgl. *Cic. Divin.* 4. cognitorem iuris sui, actorem totius causae. *Pseudo-Ascon. h. l.* si praesentis causam novit. *Horat. cit.* ius anceps novi, causas defendere possum. *Lex Mun. Fl. Mal. c.* 68. causam cognoscant actionemque suam ordinent. Es ist dieß, was die Preuß. Allg. Gerichtsordnung die Information des Justizcommissarius nannte.

60) Hauptstelle *Cic. pro Caec.* 20. bei Auslegung des Interdicts: UNDE TU, AUT FAMILIA TUA, AUT PROCURATOR TUUS *rel.* (*cf. pro Tullio* 29. 44.) Quid ergo? isti homines latine non loquuntur? immo vero tantum loquuntur, quantum est satis ad intellegendam voluntatem: cum sibi hoc proposuerint, ut sive me tu deieceris, sive tuorum quispiam, sive servorum sive amicorum, ut servos non numero distinguant, sive appellent uno familiae nomine: de liberis autem quisquis est, procuratoris nomine appelletur: non quo omnes sint aut appellentur procuratores, qui negotii nostri aliquid gerant: sed in hac re cognita sententia inter-

Hause Abwesenden [61]), meist ein Freund oder Freigelassener [62]), der die gesammten Angelegenheiten des Abwesenden verwaltet (procurator omnium rerum), ihn also in jeder Beziehung vertritt [63]). Dazu gehört vor Allem die gerichtliche Vertretung, zu der nur ein freier römischer Bürger fähig ist [64]), während die Besorgung aller andern Sachen, selbst der nothwendigen Rechtsgeschäfte, auch einem treuen Sklaven überlassen werden konnte [65]), und ohne welche dem Abwesenden die größten Nachtheile drohten. Zunächst freilich als nicht vertretenem Beklagten (indefensus), gegen den die Missio in Bona und Bonorum Venditio eintritt, weshalb für diesen selbst ein nicht beauftragter Vertreter, der Defensor, zugelassen wird [66]);

dicti, verba subtiliter omnia exquiri noluerunt. Non enim alia causa est aequitatis in uno servo et in pluribus: non alia ratio iuris, in hoc genere dumtaxat, utrum me tuus procurator deiecit, is qui legitime procurator dicitur omnium rerum eius, qui in Italia non sit, absitve reipublicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius: an tuus colonus, aut vicinus, aut cliens, aut libertus, aut quivis, qui illam vim deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit *rel.*

61) *Cic.* in Note 60. omnium rerum eius, qui in Italia non sit. *Lex Iul. mun. vers.* 1. *sqq.* sei is — Romae non erit, tum quei eius negotia curabit. 36. procuratoribusve eorum.

62) Z. B. *Cic. pro Sulla* 26. *ad fam.* XIII, 21.

63) *Cic.* in Note 60. quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius. *cf. L.* 58. *D. h. t. Paul.* Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest *rel.* — Daß auch der Verwalter Eines Geschäfts im gemeinen Sprachgebrauch (latine loquentibus) procurator hieß und daß das Edict danach auszulegen sei, bezeugt ebendaselbst *Cic. cf. L. 25. § 3. D. de aed. ed.* (21, 1). Die classischen Juristen unterscheiden procurator omnium rerum und unius rei; doch bestritt dieß noch Pomponius *L. 1. pr. § 1. D. h. t.*

64) Nicht Sklaven, daher der familia entgegengesetzt. S. Note 60. *Cic. ad fam.* I 3. *Ed. aedil.* in *L. 1. § 1. D. de aed. ed.* (21, 1). Nicht ein Peregrine *Arg. L. 17. pr. D. h. t.* in civitate manentes, weil auch dieser in der gerichtlichen Vertretung behindert wäre.

65) *Gai.* I. § 19. Iusta causa manumissionis est, veluti si — servum procuratoris habendi gratia — apud consilium manumittat. *Ulp. L. 1. § 2. h. t.* Usus autem procuratoris perquam necessarius est, ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri. *cf. L. 43. pr. eod. Paul.* IV. 12. § 9.

66) *L. 1. D. de neg. gestis* (3, 5). S. unten § 106.

aber auch als Kläger, z. B. durch Verjährung, gegen welche der freiwillig Abwesende, der keinen Procurator zurückgelassen, nicht restituirt wird[67]). Deshalb ließ der Prätor einen solchen von Anfang an auch zur Klage für den Abwesenden zu[68]); aber nur wenn er zugleich dessen Defensio übernahm, die an sich in seiner Verpflichtung als Generalbevollmächtigter lag, und ohne welche für die Klagenden sowohl als für den Abwesenden Weiterungen entstehen mußten[69]). Seine Legitimation, die auf dem Mandat, also auf einer außer der Einwirkung des Gegners liegenden Thatsache beruhte, diesen also gegen die erneuerte Klage des Dominus nicht sicher stellte, wurde durch eine Caution ergänzt, von der erst später die Rede sein kann[70]).

In der Zeit des Gaius wird dann neben dem Cognitor auch ein nur durch formloses Mandat bestellter Prozeßanwalt (procurator litis) zugelassen[71]), was sich nicht bloß aus der

67) *Arg. L. 28. pr. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6) *Ulp.* — studiorum causa, forte procuratore suo defuncto.

68) Der Hauptbeweis liegt, außer dem Zusammenhang der Sache, in der Stelle des Edicts Note 69. Doch deutet es auch Cicero für seine Zeit an *ad fam.* VII. 32., wo er scherzweise seinen Freund Volumnius beschuldigt, quod parum diligenter possessio salinarum mearum (seiner Witzworte) a te procuratore defenditur, nehmlich durch das interdictum duplex UTI POSSIDETIS, und in Bezug auf Witzworte Andrer ihn auffordert, ut sacramento contendas, mea non esse; endlich sagt: urbanitatis possessionem, amabo, quibusvis interdictis defendamus. Im *Brutus c.* 4. 5. erwähnt er die cautio de rato nur in Bezug auf außergerichtliche Forderung und Zahlung.

69) *L. 33. § 3. D. h. t. Ulp.* Ait Praetor: CUIUS NOMINE QUIS ACTIONEM SIBI DARI POSTULABIT, IS EUM VIRI BONI ARBITRATU DEFENDAT *rel.* Das Edict geht auf alle Vertreter, außer dem Cognitor, vor Allem also den Procurator. Vielleicht hieß es daher: CUIUS NOMINE QUIS, PRAETER COGNITOREM, ACTIONEM *rel.* Ich halte es für ein edictum tralaticium aus der Republik, denn in der Kaiserzeit traten bald andere Grundsätze ein.

70) S. unten Note 118 folg.

71) Früher nicht. *Cic. pro Rosc. com.* 18. Quid interest inter eum, qui per se litigat, et qui cognitor est datus? Qui per se litem contestatur, sibi soli petit. alteri nemo potest, nisi qui cognitor est datus *rel.* — quoniam tuus cognitor non est factus. Cicero würde so nicht geschrieben haben, wenn zu seiner Zeit schon der Anwalt durch simples Mandat hätte bestellt werden können. Der procurator omnium rerum war in seinem Fall außer Frage. So auch Huschke, Zeitschr. für gesch. RW. XIV. S. 67

allgemeinen Neigung, die strengen Formen des alten Rechts abzustreifen, sondern auch aus dem praktischen Bedürfniß erklärt; denn nicht nur die Entfernung des Dominus vom Gerichtsort, sondern auch die des Gegners machte die Bestellung eines Cognitors unmöglich [72]). Auch auf diesen Procurator wird die Vorschrift des Edicts angewendet, daß ihm die Klage nur zu gewähren sei, wenn er auch die Defensio des Dominus gegen jeden Dritten, zu der er keinen Auftrag hat, übernimmt [73]), versteht sich vor demselben Gericht [74]). Da auch seine Legitimation durch das Mandat der angedeuteten Ergänzung bedarf, so wird es mit dem Beweise seiner Vollmacht nicht streng genommen; ja nach der Ansicht einiger Juristen sollte selbst ein Negotiorum Gestor, wenn er nur bona fide hinzutrete und jene ergänzende Caution beschaffe, zugelassen werden, was jedoch als Regel nicht angenommen wurde [75]).

Note 26. Anders Keller, Civilpr. Note 636. Rudorff, Rechtsg. § 17 Note 22. Bekker cit. S. 144 wegen *Cic. Brut.* 4. 5., aber s. oben Note 68 und für exigere und solvere *L. 39. D. de neg. gestis* (3, 5). Den Sex. Alfenus hatte Quintius bei seiner Abreise als procurator omnium rerum zurückgelassen. *Cic. pro Quintio* 19. *fin.*

72) *Gai.* IV. § 84. (*cf.* § 83 in Note 49). Procurator vero nullis certis verbis in litem *substi*tuitur; sed ex solo mandato, et absente et ignorante adversario, constituitur *rel.* Die gerichtliche Verfolgung gegen den dolo malo Abwesenden wäre sonst durch einen Anwalt unmöglich gewesen. *Festus epit. M. p.* 57. v. *Cognitor.* — Procurator autem absentis nomine actor fit. *Pseudo-Ascon. cit.* Note 55. procurator si absentis negotium suscipit. *Paul.* I. 3. § 1. Mandari potest procuratio [et] praesenti et [absenti], et nudis verbis et per litteras et per nuntium *rel.* nach Huschke's glücklicher Restitution. § 2. Procurator aut ad litem, — aut ad res administrandas datur. *L.* 3. *§ 2. D. iud. solvi* (46, 7).

73) *Fr. Vat.* § 330. Papinianus respondit, si procurator absentis aliquam actionem absentis nomine inferre velit, cogendum eum adversus omnes absentem defendere. *cf.* § 336. *L. 33. § 4. L. 43. § 4. L. 46. § 1. D. h. t. L. 5. C. I. eod.*

74) *L. 35. § 2. D. h. t. Ulp.* in competenti tribunali et eadem provincia. Ceterum cogi eum etiam in provinciam de Roma abire, vel e contrario, vel a provincia in aliam provinciam et defendere, durum est. Ob auch vor einem andern Municipalgericht?

75) *Gai.* IV. § 84. Note 72. quin etiam sunt, qui putant, vel eum procuratorem videri, cui

In der Zeit der spätesten Classiker endlich wird der simple Procurator Litis dem Cognitor in den Fällen völlig gleich gestellt, wo wesentlich dasselbe wie bei diesem zur Legitimation des Vertreters geschieht, d. h. dessen Bestellung dem Gegner, wenn auch nicht in jener solennen Form, bekannt gemacht wird. Namentlich: 1) wenn der Procurator des am Gerichtsort anwesenden Dominus (procurator praesentis) eine schriftliche Vollmacht vorzeigt, deren Erlöschen durch Tod oder Revocation in diesem Fall nicht zu fürchten ist[76]). 2) Wenn der Dominus selbst vor Gericht erscheint und die Vollmacht zu Protokoll erklärt (procurator apud acta factus)[77]). 3) Im Rescriptsprozeß, wenn er sie in der dem Kaiser überreichten Bittschrift

non sit mandatum, si modo bona fide accedat et caveat ratam rem dominum habiturum: igitur et si non edat mandatum, *procuratorem admitti*; quia saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud iudicem ostenditur. Die restituirten Worte entlehne ich von Huschke, die indirecte Rede von Göschen. Für den Beklagten wird allgemein ein negotiorum gestor als Defensor zugelassen, s. unten Note 103, für den Kläger nur gewisse nahe verbundene Personen gegen cautio de rato. *L. 3. § 3. D. iud. solv.* (46, 7). eis agere permittitur edicto Praetoris. *L. 35. pr. L. 40. § 4. L. 41. D. h. t. L. 12. C. l. eod.* — Procurator ist nur cui mandatum est. *L. 3. § 2. D. iud. solvi* (46, 7).

76) *Fr. Vat.* § 331. *Pap.* — praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi. Wer für praesens gilt, sagt *L. 5. L. 6. L. 7. D. h. t.* Daß diese Gegenwart am Gerichtsort nur die Fortdauer der Vollmacht verbürgt, sagt Papinian in *Fr. Vat.* § 333. Cum autem certum est mandatum perseverare, id est cum praesens est dominus *rel.* Daß unter mandatum die schriftliche Vollmacht verstanden wird, dafür s. *Gai. cit.* Note 75. *Interpr. L. 7. C. Th. h. t.* sine mandato in Note 52.

77) *Fr. Vat.* § 317. *Apud acta facto* procuratori haec satisdatio remitti solet; nam cum apud acta nonnisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intellegendus est. Keller, Lit. Cont. S. 307 restituirte *praesentis* procuratori; allein der Context scheint mir meine Restitution zu gebieten und damit zugleich die Identität dieses Falles mit dem in Note 76 auszuschließen. *Paul. Sent.* I. 3. § 1. Mandari potest procuratio — apud acta Praesidis et magistratus. *L. un. C. l. de satisdando* (2, 17). *Diocl. et Max.* Non est incerti iuris, eum qui apud acta factus est procurator, non compelli ratam rem dominum habiturum satisdare: hoc enim casu veluti praesentis procuratorem (*l.* cognitorem) intervenire intellegendum est. Itaque etsi postea mutata voluntate procu-

(libello Principi dato) ausspricht[78]). 4) Wenn er brieflich die Bevollmächtigung dem Gegner anzeigt und zum voraus dessen Thun zu genehmigen verspricht[79]). Da, wenigstens in den beiden ersten Fällen, die Bestellung eines Cognitors ebenso leicht gewesen wäre, so wird daraus klar, daß diese alte Rechtsform anfing unbeliebt zu werden.

Der Actor Municipum ist der Prozeßanwalt einer Stadtgemeinde (municipes, civitas, res publica)[80]). Denn die allgemeine Verwaltung der städtischen Angelegenheiten (administratio rei publicae) ist in den Händen der Magistrate, des Stadtsenats und ihrer Deputirten[81]); zur Führung eines Prozesses aber (ad certam causam agendam) wird nach Vorschrift des besonderen Stadtrechts (lex municipii) oder der allgemeinen Communalordnung (lex Iulia municipalis) durch Majoritätsbeschluß von Zwei Drittheilen der Decurionen[82])

ratorem esse noluerit, tamen iudicium, quo quasi procurator (*l.* cognitor) expertus est, iudex ratum habere debebit. In der *Interpr. L. 7. C. Th. h. t.* wird er geradezu cognitor genannt. Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit.

78) *L. 21. D. ratam rem haberi* (46, 8). *Ulp.*

79) *L. 65. D. de procur.* (3, 3). *Modestin.* Si procuratorem absentem (*l.* absens) dominus satisdatione relevare velit, litteras suas ad adversarium dirigere debebit, quibus significet, quem adversus eum procuratorem et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum, quod cum eo actum sit: hoc enim casu, litteris eius approbatis, velut praesentis procuratorem (*l.* cognitorem?) intervenire intellegendum est. Itaque et si postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen iudicium, quo quasi procurator (*l.* cognitor?) expertus est, ratum esse debet.

80) *Dig.* 3, 4. *quod cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur. L. 2. L. 1. § 1. h. t. L. 74. D. de procur.* (3, 3).

81) *L. 8. L. 14. D. de mun.* (50, 4).

82) *L. 4. L. 5. L. 6. pr. § 1. L. 10. D. h. t. L. 3. § 4. D. de bon. poss.* (37, 1); nach der Bestimmung der lex Iulia municipalis für alle Beschlüsse der Curie. *L. 3. D. de decr. ab ord. fac.* (50, 9). Uebereinstimmend damit werden in der *Lex mun. Fl. Mal. c.* 68. zur Klage gegen einen rechnungspflichtigen Beamten durch Majoritätsbeschluß von den anwesenden $^2/_3$ sämmtlicher Decurionen Drei, wohl regelmäßig aus ihrer Mitte (*L. 4. D. h. t.*), erwählt, die innerhalb der erbetenen Frist die Rechnungen prüfen, danach die Klage einrichten und, ohne Zweifel formell durch Einen aus ihnen (*cf. L. 32. D. de pro-*

ein Bürger zum Anwalt (actor) bestellt, der diesen Dienst als gemeine Last (munus personale) übernehmen muß[83]). Ebenso andere Corporationen (collegium licitum, corpus, universitas)[84]). Erst später wurde in beiderlei Gemeinheiten für alle Prozesse derselben ein ständiges Amt eingerichtet (defensores, syndici)[85]). Der Prätor setzte, wie es scheint, die gesetzliche Bestellungsform dieser Vertreter voraus[86]) und befaßte sie unter der doppelten Vorschrift des Edicts, daß, wer außer dem Cognitor in fremdem Namen klage, 1) auch die Defensio des Dominus übernehmen müsse und 2) seine Legitimation, welche durch das in seiner gesetzlichen Gültigkeit vielleicht anfechtbare Decret der Decurionen nicht völlig gesichert schien, durch die oben angedeutete Caution ergänzte[87]). Das Erste war auch hier im Interesse der Gemeinheit und aller Dritten Bedürfniß, wenn deren Vorstände einen Defensor zu bestellen versäumten[88]). Doch wurde in der späteren Zeit dem Actor Municipum diese lästige, sein Mandat überschreitende Pflicht in gewissen Fällen erlassen[89]). Und auch in der zweiten Beziehung

cur. 3, 3.), unterstützt durch die Andern, sie anstellen (causam publicam agere). Vgl. Mommsen, Stadtrechte S. 451 folg. Note 180. Vgl. auch *Ed. Venafr. Or.-Henzen* 6428. III. *p.* 272. cui ex decreto decurionum, ita ut supra comprensum est, negotium datum erit, agent (! ?) und nachher: inter eum, qui aget et eum quocum agetur. Für Schiedsgerichte s. die Inschrift von Histonium Mommsen cit. S. 484.

83) *L. 16. § 3. L. 18. § 13. D. de mun.* (50, 4). Er darf nicht einen Procurator sich substituiren. *L. 74. D. de procur.* (3, 3).

84) *L. 1. pr. § 1. L. 2. L. 3. D. h. t.*

85) *L. 1. § 2.* (*Hermog.*). *L. 18. § 13.* (*Arcad. Charis.*). *D. de mun.* (50, 4). *cf. L. 5. § 10. D. quod vi* (43, 24). *L. 1. § 1. L. 6. § 3. D. h. t. Lampr. Alex.* 33.

86) Rudorff, Zeitschr. für Rechtsg. IV. S. 74 80 nimmt ein besondres die Wahlform bestimmendes Edict an, was ich bezweifle. Daß freilich das Edict überhaupt vom Actor sprach, zeigt der Pandektentitel und insbesondre *L. 7. pr.*

87) *L. 33. § 3. D. de procur.* (3, 3). *L. 6. § 3. h. t. Fr. Vat.* § 335. adversus omnes. Für die Anfechtbarkeit des Decrets vgl. *L. 4. L. 5. L. 6. pr. §§ 1. 2. D. h. t.*

88) *L. 1. §§ 2. 3. L. 8. h. t.*

89) *Fr. Vat.* § 335. Vgl. Rudorff's Restitution, Zeitschr. IV. S. 83 unten Note 141.

wurde er, wenn kein Zweifel gegen das Bestellungsdecret vorlag, dem Cognitor gleichgestellt[90]).

Wegen der Bestellung der Tutoren und Curatoren verweist Gaius auf das, was er darüber an einem andern Ort gesagt habe[91]). Und doch bestanden zwischen den verschiedenen Arten der Vormünder, gerade in Bezug auf Vertretung des Mündels, von jeher sehr wesentliche Unterschiede, die wir früher angedeutet haben[92]). Hier genügt es zu bemerken, daß auch sie 1) schon vermöge ihres Amtes allgemein die Defensio des Mündels zu übernehmen, und 2) den Mangel ihrer Legitimation durch die mehr erwähnte Caution zu ersetzen hatten, die ihnen jedoch schon zu Gaius' Zeit zuweilen erlassen wurde[93]).

Wie wurde es nun bei diesen verschiedenen Arten der gerichtlichen Vertreter möglich gemacht, daß deren Prozeßführung für und gegen den Dominus galt, als hätte er selbst gehandelt? Um dieß klar zu machen, müssen wir zunächst die Wirkungen des Prozesses für das streitige Rechtsverhältniß, die später (§§ 103. 111) zu erörtern sein werden, kurz andeuten.

Der natürliche Grundsatz, daß ein Rechtsstreit nur Einmal Gegenstand der richterlichen Entscheidung sein könne, war in der Zeit des Formularprozesses durch die Rechtslehrer zu der Vorstellung ausgebildet worden, daß das Klagrecht (actio) durch seine gerichtliche Verfolgung (res in iudicium deducta) consumirt werde, und zwar so, daß dem Kläger dafür durch den förmlichen Anfang des Prozesses (litis contestatio) die Aussicht auf Anerkennung seines Rechts geboten, durch das

90) *Fr. Vat.* § 335. Interdum neutrum. *Ulp. L. 9. D. ratam rem hab.* (46, 8) und *Paul. L. 6. § 3. D. h. t.* sprechen es als Regel aus. In letzterer heißt es: Actor universitatis — non compellitur cavere de rato. Sed interdum si de decreto dubitetur, puto interponendam et de rato cautionem. Actor itaque iste procuratoris (*l.* cognitoris) partibus fungitur.

91) *Gai.* IV. § 85. Tutores autem et curatores quemadmodum constituantur, primo commentario rettulimus.

92) Vgl. Bd. I. S. 110 1).

93) *Gai.* IV. § 99. Vgl. unten S. 433.

Urtheil aber (res iudicata) dasselbe definitiv zu- oder aberkannt werde. Ein altes Rechtssprüchwort drückte dieß in Bezug auf den einfachsten Fall, die condictio certi, so aus: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post rem iudicatam iudicatum facere oportere [94]); und die späteren Classiker vergleichen deshalb die contractsähnliche Litis Contestatio [95]) der Novation, die gleichfalls den Stoff der alten Obligation in eine neue Form gießt; aber freilich durch freie Uebereinkunft, während der Kläger durch sein Interesse und der Beklagte durch den Prätor zur Litis Contestatio genöthigt wird [96]). Dieser Vergleich traf auch dann noch im Wesentlichen zu, wenn nicht mit einer in ius concepta formula in personam und in einem legitimum Judicium, sondern in rem oder in factum oder in einem Judicium, quod imperio continetur geklagt worden, wenngleich hier das Klagrecht nicht ipso iure, sondern nur per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae aufgehoben ist [97]). Für den Gegenstand der Consumtion, also für die Frage, ob die zweite Klage eine andre, noch zu Recht bestehende sei, war natürlich der das Klagrecht und seine thatsächlichen Bedingungen ausdrückende Haupttheil der Formula, die Intentio mit der sie ergänzenden Demonstratio oder Präscriptio, entscheidend [98]).

Wie nun, wenn für den Kläger oder für den Beklagten ein Repräsentant auftrat? Die Intentio konnte nicht von einem ihm zustehenden Recht, einer ihn treffenden Verpflichtung als dem Gegenstand des Rechtsstreits sprechen, denn diese bestanden für ihn nicht; sie mußte also in dem einen und an-

94) *Gai.* III. § 180. apud veteres scriptum est: ante litem contestatam *rel.*

95) *L. 3. § 11. D. de peculio* (15, 1). — sicut stipulatione contrahitur —, ita iudicio contrahi.

96) *L. 29. D. de novat.* (46, 2). *cf. L. 1. pr. eod. L. 22. D. de tut. act.* (27, 3). neque enim sponte cum eo contraxit. *L. 61. D. de iud.* (8, 1). iudicium etiam in invitum redditur.

97) *Gai.* III. §§ 180. *sq.* IV. §§ 106. *sq.*

98) Vgl. § 87.

dern Fall auf den Dominus gerichtet werden. Diese Intentio bezeichnete also dessen Recht, dessen Verpflichtung auch als den Gegenstand der prozessualischen Consumtion. Die positive Wirkung der Litis Contestatio aber, das condemnari oportere, konnte nach allgemeinen Grundsätzen nur für den eintreten, der bei diesem Quasicontract handelte, den Repräsentanten. Deshalb wurde der Theil der Formel, der diese Wirkung der Litiscontestation bedingt, die Condemnatio, auf ihn gerichtet [99]). Zunächst war also hiermit, wie bei der Novation, durch welche ein neuer Gläubiger oder Schuldner in das Schuldverhältniß eintritt, die actio auf den Repräsentanten activ oder passiv übertragen [100]), er war für die Fortführung des Prozesses gewissermaßen zum dominus litis gemacht [101]). Wie dieß mit

99) *Gai.* IV. § 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si verbi gratia Lucius Titius pro Publio Maevio agat, ita formula concipitur: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM PUBLIO MAEVIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE: IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM LUCIO TITIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA: SI NON PARET ABSOLVE. — in rem quoque si agat, intendit Publii Maevii rem esse ex iure Quiritium et condemnationem in suam personam convertit. § 87. Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis, cum quo actio constituitur, intenditur, dominum dare oportere; condemnatio autem in eius personam convertitur, qui iudicium accepit (*l.* accipit). — Sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit eius persona, cum quo agitur, sive suo nomine, sive alieno aliquis iudicio interveniat: tantum enim intenditur rem actoris esse. — Wie war es mit der adiudicatio? *Gai.* IV. § 42. Vgl. unten Note 194.

100) *L. 11. D. de novat.* (16, 2). *Ulp.* Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit. § 1. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem. *Fr. Vat.* § 263. *Pap.* — interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit.

101) *L. 4. § 5. D. de app.* (49, 1). *Macer.* — procurator lite contestata dominus litis efficitur. *L. 11. pr. D. de doli exc.* (44, 4). *Paul.* Litis contestatione res procuratoris fit, eamque suo iam quodammodo exsequitur. Für das spätere Recht s. *L. 22. L. 23. C. h. t.* Mehr materielle Dispositionsbefugniß über das streitige Recht als ihm die Vollmacht giebt, erhält er durch die Litis Contestatio nicht; formell ist aber das Judicium für ihn constituirt. Vgl. meine Versuche S. 158 — 163 und unten Note 129. Es ist daher die Erneuerung eines alten Irrthums,

dem letzten Zweck des Ganzen, den Erfolg des Prozesses für den Dominus herbeizuführen, ausgeglichen wurde, wird sich nachher zeigen. Hier haben wir zunächst die Bedingungen dieser Uebertragung, insbesondre der Consumtion des Klagrechts für den Dominus, näher zu bestimmen. Sie sind für den Kläger und für den Beklagten verschieden.

Nach dem natürlichen Grundsatz, daß unsre Lage durch einen Dritten ohne unser Wissen und Wollen nicht verschlimmert, wohl aber verbessert werden könne [102]), wird ein Schuldner, wie durch Zahlung und Novation, so auch durch die Litiscontestation eines negotiorum gestor oder Defensor, der keinen Auftrag hat, liberirt [103]), ipso iure oder per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae; um wie viel mehr durch den Procurator [104]) oder Cognitor. Denn der Gläubiger, der sich mit dem Repräsentanten eingelassen, hat sein Klagrecht in iudicium deducirt, also consumirt [105]). Aber eben

wenn v. Salpius, Novation und Delegation S. 361 sagt: „dominis litis, d. h. Herr des Rechts, Eigenthümer der Forderung".

102) *L. 39. D. de neg. gest.* (3, 5). *Gai.* Naturalis simul et civilis ratio suasit, alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse.

103) *L. 23. D. de solut.* (46, 3). *Pomp.* Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus. *L. 10. § 1. D. de in rem verso* (15, 3). *Pap.* Si filius quasi defensor patris iudicium susceperit — de in rem verso teneri patrem: namque filius eum iudicio suscepto liberavit. Die Zulassung des Defensor beruht also auf dem doppelten Grunde, daß er 1) die Lage des Dominus nur verbessert und 2) die großen Nachtheile, die den indefensus treffen, abwendet. *L. 1. D. de neg. gest.* (3, 5).

104) *Cic. ad Att.* XVI. 18, 2. — procuratores introducere: neque enim illi litem contestabuntur, quo facto non sum nescius sponsores liberari. Vgl. Huschke, Zeitschr. für gesch. RW. XIV. 2, insbesondre S. 64 folg. Daß in diesem Fall von litem contestari oder nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch iudicium accipere der Generalbevollmächtigten des Schuldners, P. Corn. Dolabella, die Rede sei, und die dadurch eintretende Liberation der Bürgen und des Hauptschuldners bezeugt werde, bemerkt Huschke ausdrücklich, glaubt aber, daß der ausgesprochene Grundsatz auch den Kläger befasse. S. unten Note 112.

105) *L. 11. § 7. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *Ulp.* Hoc iure

deshalb kann ihm die Einlassung mit einem Dritten, der dadurch an der Stelle des Schuldners sein Schuldner wird [106]), nicht zugemuthet werden, wenn er nicht wegen jedes ihm daraus drohenden Nachtheils Sicherheit empfängt. Dieß geschieht durch die satisdatio iudicatum solvi, ohne welche kein Vertreter des Beklagten ein idoneus defensor ist [107]); jedoch mit dem Unterschied, daß beim Cognitor der gegenwärtige Dominus für ihn, beim Procurator, Defensor, Tutor und Curator der Repräsentant selbst sie leistet [108]). Durch die erste ihrer drei

utimur, ut in persona actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt. Inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum: ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit.

106) *L. 11. D. de novat.* (46, 2) Note 100. — vice sua alium reum dare creditori — per litis contestationem. *L. 3. § 2. D. ad SC. Vell.* (16, 1). — defensor alicuius — intercedit: suscipit enim in se alienam obligationem.

107) *Gai.* IV. § 101. Ab eius vero parte, cum quo agitur, si quidem alieno nomine quis interveniat, omnimodo satisdari debet, quia nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur. *cf.* § 90. *L. 46. § 2. D. h. t. L. 166. D. de reg. iur.* (50, 17). *Paul.* qui rem alienam defendit, nunquam locuples habetur. *L. 51. § 2. L. 52. L. 53. D. h. t.* — *L. 63. D. de iud.* (5, 1). *Ulp.* Recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se, vel per alium, sed cum satisdatione. *L. 35. § 3. D. h. t. L. 5. § 3. D. iud. solvi* (46, 7). Der Procurator des Quintius *Cic. pro Quint.* 6. 7. war also im Unrecht: negat Alfenus aequum esse, procuratorem satisdare, quod reus satisdare non deberet, si ipse adesset.

108) *Gai. cit.* Note 107. sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisdare iubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator. idem et de tutore et curatore iuris est. *Fr. Vat.* § 317. *L. 10. D. iud. solvi* (46, 7). *Modestin.* Si ad defendendum procurator (*l.* cognitor) datus fuerit, satisdare (*l.* satisdari) iubetur iudicatum solvi stipulatione, quae non ab ipso procuratore (*l.* cognitore) sed a domino litis interponitur: quod si procurator aliquem defendat, ipse cogitur satisdare iudicatum solvi stipulatione. *L. 7. eod. Gai.* — si quis absentem defendens satisdederit, deinde — procurator (*l.* cognitor) ab eo datus — iudicium acceperit, fideiussores non teneri. Vgl. unten Note 139. 141. Diese Stelle des Edicts ist uns nicht erhalten, sondern nur die andre, worin der Prätor, wenn der Dominus unter Einwilligung des Cognitors cavirt hat, diesen zur Uebernahme des Iudiciums zu zwingen verspricht. Vgl. Ru-

Clauseln: de re defendenda, erhält der Kläger Sicherheit, daß dieser Vertreter des Beklagten sich im Lauf des Prozesses der Klage nicht entziehen werde; durch die zweite: de re iudicata, daß im Fall der Verurtheilung das Judicat werde gezahlt werden; und die allgemeine clausula doli schützt ihn gegen jeden Dolus des Vertreters [109]).

Dagegen steht nach demselben natürlichen Grundsatz in Bezug auf den Kläger soviel fest, daß ohne seinen Willen ein Dritter, handle er auch in seinem Namen (negotiorum gestor), sein Klagrecht nicht im Judicium deduciren und consumiren kann [110]). Andrerseits ist es sicher bezeugt, daß der Cognitor, den der Kläger in Gegenwart des Beklagten förmlich zu seinem alter Ego bestellt hat, dieß kann; daß also die erneuerte Klage des Dominus ebenso ausgeschlossen ist, als wenn er selbst geklagt hätte, d. h. ipso iure oder per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae, und daß es deshalb einer seine Legitimation ergänzenden Caution nicht bedarf [111]). Für andre legitime Vertreter des Klägers aber, den Procurator, Actor Municipum, Tutor, Curator, enthalten

dorff cit. S. 79. *Edict. Praet.* Cognitorem ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus iudicatum solvi exposuit, iudicium accipere cogam. *L. 8. § 3. — L. 15. pr. L. 43. § 6. L. 44. L. 45. pr. D. h. t. Fr. Vat.* § 340. *cf. § 11. l. de mandato* (3, 26).

109) *Dig.* 46, 7. *iudicatum solvi*, besonders *L. 6. L. 17.*

110) *L. 31. D. de iud.* (5, 1). *Celsus.* — nec enim quisquam alienam actionem in iudicium invito coherede perducere potest. *L. 27. pr. D. h. t. Ulp.* Sed haec ita si mandato domini procurator egit. ceterum si mandatum non est, cum neque in iudicium quidquam deduxerit, — quae invito te acta sunt, tibi non praeiudicant. *L. 1. C. l. quibus res iud.* (7, 56). Wegen Ueberschreitung des Mandats s. *L. 10. C. l. h. t.*

111) *Gai.* IV. § 96. Ipse autem qui — agit, si suo nomine agit, satis non dat. § 97. Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisdatio vel ab ipso, vel a domino desideratur: cum enim certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur. Vgl. § 98. *L. 22. § 8. D. ratam rem hab.* (47, 8). *Iulian.* — si verus procurator (*l.* cognitor) egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset. Vgl. Note 114.

die Quellen widersprechende Zeugnisse, daher die Sache unter den Neueren sehr bestritten ist [112]).

Nach dem unbestrittenen Grundsatz gesunder Kritik, daß Ein ächtes Zeugniß schwerer wiege, als viele möglicherweise verfälschte, glaube ich noch immer von der classischen Stelle des Gaius ausgehen zu müssen [113]), deren Sinn mir auch durchaus nicht zweifelhaft ist. Denn wenn er im Gegensatz des Cognitor, der durch bestimmte und feierliche Worte an die Stelle des Dominus gesetzt und deshalb diesem gleich geachtet, also von aller Cautionsleistung befreit sei, vom Procurator (comm. IV. § 98) sagt:

> Procurator vero si agat, satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum. periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur.

und dann fortfährt:

> quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuit: quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.

so ist klar, daß nach seiner Meinung das in dem ersten Fall behauptete periculum eben dasselbe ist, welches in dem zweiten geleugnet wird, und welches darin besteht, daß der Dominus mit derselben Klage noch einmal auftreten kann. Nur eine

112) Vgl. einerseits meine Versuche S. 179 folg. und das gleichzeitig erschienene classische Werk von Keller, Lit. Cont. und Urtheil §§ 39—42, wo diese Frage mit vollständiger Benutzung der Quellen und großer Besonnenheit behandelt ist; und dagegen Huschke, Zeitschr. für gesch. RW. XIV. S. 64 folg., durch den selbst Keller, Civilpr. Note 719 in seiner früheren Ueberzeugung wankend geworden. Vgl. Krüger, Consumtion S. 89.

113) Huschke cit. geht von der Stelle des Cicero in Note 104 aus und behauptet schon für dessen Zeit die Consumtion durch den Procurator. Allein wenn dieser sagt, die Liberation des Schuldners und seiner Bürgen durch die Litis Contestatio (hier also = iudicium accipere) seines Procurators sei ihm wohl bekannt: so kann ich nicht einmal zugeben, daß er damit „doch einen für alle Litis Contestatio durch Procuratoren geltenden Rechtssatz auszusprechen scheine"!?

Gefahr (periculum), nicht ein bereits eingetretener Schaden (damnum) aber ist es, weil der Dominus den glücklich geführten Prozeß gewiß ratihabiren, nur im Fall seines Verlustes und wenn er hoffen darf, selbst glücklicher zu sein, die Klage noch einmal anstellen wird [114]). Bestätigt wird dieser Sinn auch noch durch den folgenden § 99. Denn wenn es darin heißt:

Tutores et curatores eodem modo, quo et procuratores, satisdare verba edicti faciunt: sed aliquando illis satisdatio remittitur,

so folgt daraus, daß für den Procurator zu Gaius' Zeit diese Caution noch ohne Ausnahme verlangt wurde, und daß, da sie ein Surrogat für die Consumtion des Klagrechts ist, diese bei der Klage des Procurators nicht eintrat. In dem den Tutoren und Curatoren gegen die Worte des Edicts „zuweilen" gewährten Nachlaß der Caution kündigt sich die spätere Aenderung des Rechts an, auf die ich sogleich zurückkommen werde [115]). Die scheinbar oder wirklich Gaius widersprechenden, gleichzeitigen oder älteren Quellenzeugnisse aber gehören sämmtlich Justinians Compilation an und sind, da in dieser jede Spur des Unterschieds zwischen Cognitor und Procurator vertilgt werden mußte, theils der Interpolation dringend verdächtig [116]), theils ungezwungen anders zu erklären [117]).

114) Vgl. dagegen Huschke cit. S. 67. Keller, Civilpr. Note 719 sagt: „Ob aber Gaius d. § 98 a. E. sich bloß schief ausdrückte, oder ob darin die Reminiscenz eines ursprünglichen Rechts zu erkennen ist, — das bleibt ein Zweifel, der selbst durch die wahre Bemerkung, daß bei der Novation stets nur der Wille des neuen Creditor und Debitor, nicht aber der des alten Creditor, an eine Form gebunden gewesen, nicht zu heben ist." Von so „schiefem Ausdruck" oder solchen „Reminiscenzen" finde ich bei Gaius kein andres Beispiel.

115) Vgl. Huschke cit. S. 68. „Darum cavirt jener (der Cognitor) niemals de rato, diese (die übrigen Vertreter) in der Regel stets" (?) und: „den Tutoren und Curatoren werde diese Caution doch oft (?) erlassen".

116) In *L. 22. § 8. D. ratam rem* (46, 8) von Julianus halte ich noch immer verus procurator für interpolirt statt cognitor, weil ich nicht glauben kann, daß der berühmte Verfasser des Edicts unter Hadrian sich so unlogisch ausgedrückt habe: Si procurator iudicium de hereditate

Zur Sache aber, ihrem allgemeinen Rechtsgrund und ihrer Geschichte, ist Folgendes zu bemerken. Als der Prätor zuerst außer dem Cognitor andere Vertreter der Klägers zuließ, stellte er diesen in der uns erhaltenen Stelle seines Edicts zwei Bedingungen: 1) daß sie die oben betrachtete Defensio gegen alle Dritte übernehmen, 2) Bürgschaft leisten, daß der Dominus ihre Prozeßführung ratihabiren werde (satisdatio RATAM REM DOMINUM HABITURUM)[118]. Zunächst wurde davon der Generalbevollmächtigte eines Abwesenden (procurator omnium rerum) betroffen, bei dem das Bedürfniß dieser Caution besonders einleuchtet. Das Mandat verpflichtete zwar als obligatorischer Vertrag den Dominus seinem Procurator gegenüber, aber dem Beklagten als einem Dritten gab es kein Recht; und wenngleich man von diesem Grundsatz schon früh für Contracte von Geschäftsführern Ausnahmen gemacht, so schien dieß doch hier nicht möglich. Der Dritte, der sich mit dem Institor oder dem Magister Navis einläßt, kann sich nach der Vollmacht und ihrem Umfang erkundigen[119]), und, wenn er Bedenken hat, den

ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur: quia si verus procurator fuisset, exceptio rei iudicatae dominum summoveret *rel.* Vgl. die ganz anders lautenden Stellen vom verus und falsus procurator bei Keller cit. S. 330 Note 10. Andre interpolirte Stellen S. 325 folg. Dagegen Krüger cit. S. 90.

117) Vgl. bei Keller cit. § 42 die Erklärung von *L. 25. § 2. D. de exc. rei iud.* (44, 2); *L. 7. § 2. D. de curat. furiosi* (27, 10) vom Curator, bei dem auch Gaius schon die spätere Behandlung zuläßt; der Note 116 angeführten *L. 22. § 8. D. ratam rem hab.* (46, 8), die auch Keller für interpolirt hält; endlich S. 319. 321 *L. 1. C. I. h. t.* (2, 13) ein aus dem Zusammenhang gerissenes Bruchstück eines Rescripts von Antoninus Pius, dessen ursprüngliche Beziehung durchaus zweifelhaft bleibt; also denselben Stellen, um deren willen er später Civilpr. Note 719 sich zu Huschke's Ansicht bekennt.

118) *L. 33. § 3. D. h. Ulp.* (oben Note 68). Ait Praetor: CUIUS NOMINE QUIS ACTIONEM SIBI DARI POSTULABIT, (1) IS EUM VIRI BONI ARBITRATU DEFENDAT (2) ET EI, QUO NOMINE AGET, ID RATUM HABERE EUM, AD QUEM EA RES PERTINET, BONI VIRI ARBITRATU SATISDET. *Dig.* 46, 8. *ratam rem haberi.*

119) *L. 1. §§ 7—12. D. de exerc. act.* (14, 1). *L. 8. §§ 11—15. L. 11. §§ 2—6. D. de inst. act.* (14, 3). *cf. L. 3. § 9. D. de in rem verso* (15, 3). — curiosus esse debet creditor.

Credit versagen. Im Prozeß wird der Beklagte zur Einlassung genöthigt, und doch kann er durchaus nicht übersehen, ob der Geschäftsführer des Klägers wirklich Auftrag hat, oder nur ein Freund ist, der sich aus freien Stücken der Angelegenheiten des Abwesenden annimmt; oder, selbst wenn dieser eine Vollmacht vorzeigen kann, ob diese nicht revocirt oder durch den Tod des Abwesenden erloschen ist; endlich ob der Procurator bei Anstellung oder Verfolgung der Klage pflichtmäßig und klug handle, ob also auf die Anerkennung seiner Prozeßführung zu rechnen sei. Ueber alle diese Zweifel hilft jene Caution hinweg. Denn wenn der Dominus nicht ratihabirt, so hält sich der Beklagte an den Procurator und seine Bürgen und diesem bleibt es überlassen seinen Regreß gegen den Dominus zu nehmen, eine Aussicht, die, wenn Alles rechtlich zugegangen ist, den Dominus zur Ratihabition bestimmen muß. — Alles dieß galt denn auch für den unförmlich bestellten Prozeßanwalt (procurator litis), nach dessen Vollmacht in Iure kaum gefragt wurde, weil sie den Beklagten doch nicht sicher stellte, während die Caution dieß vollständig leistete [120]). Desgleichen für den Actor Municipum; denn wenngleich dessen Bestellungsdecret offenkundig war, so blieb doch der Zweifel seiner Rechtsgültigkeit [121]). Endlich für den Vormund, bei dem auch die Administrationsbefugniß und die Pflichtmäßigkeit und Geschicklichkeit seines Handelns in Frage kam [122]). — Ueberall ist die cautio de rato ein Surrogat der durch den Kläger selbst oder einen Cognitor bewirkten Consumtion des Klagrechts, wird daher in denselben Fällen committirt, wo unter jener Voraussetzung diese ipso iure oder per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae geltend gemacht werden könnte [123]).

120) S. oben Note 75.

121) S. oben Note 87.

122) *L. 4. L. 23. D. de adm. tut.* (26, 7). S. Note 128. *L. 4. C. I. in quib. caus. in int.* (2, 41) = *L. 3. C. I. de tut. vel cur. qui satis non dedit* (5, 42). *L. 7. § 2. D. de cur. fur.* (27, 10). Für Geschicklichkeit s. *Cod. Hermog.* V. 1. *ed. Haenel. p.* 70.

123) *L. 22. § 8. D. ratam rem hab.* (46, 8). *Iulian.* Plerumque autem stipulatio RATAM REM HABERI his casibus committe-

So also zu Gaius' Zeit. Die abweichenden Stellen der späteren Classiker aber bezeugen unzweifelhaft eine Aenderung des Rechts, die nach dem Abschluß des Edicts unter Hadrian nicht mehr durch dieses, sondern nur durch die fortschreitende Jurisprudenz und durch die freie Cognitio des Prätors, vielleicht unterstützt durch kaiserliche Rescripte, bewirkt werden konnte. Den Anfang derselben für Tutoren und Curatoren schon in der früheren Zeit haben wir so eben kennen gelernt. Wenn der Vormund vermöge seiner Administrationsbefugniß und pflichtmäßig geklagt hatte, so versagte der Prätor dem Mündel die erneuerte Klage, und konnte in dieser Voraussicht Jenem gleich Anfangs die Cautio de rato erlassen. Auf diesem Wege schritt man nun weiter fort. Auch beim Procurator stand der erneuerten Klage des Dominus, der Jenem Vollmacht ertheilt zu haben einräumte und sich nur auf sein formelles Recht berief, die exceptio doli, etwa auch in factum concepta, entgegen; und wenn er es ableugnete, so wurde exceptione doli posita im Judicium darüber entschieden [124]). Stand dieß rechtlich fest, so kam es nur noch darauf an, daß das Mandat von vorn herein durch den Mandans selbst in ähnlicher Weise wie bei dem Cognitor in den Gesichtskreis des Beklagten gebracht wurde und daß auch seine Fortdauer bis zur Litis Contestatio in gleichem Grade gesichert war [125]), um die volle Wirkung derselben für den Dominus, d. i. die Consumtion seines Klagrechts, anzunehmen und in Folge dessen dem Procurator die Cautio de rato zu erlassen. Ebenso bei dem Actor Municipum [126]), und nun auch regelmäßig bei dem Tutor und Curator [127]). Nur ausnahmsweise, wenn die Legitimation des Vertreters in facto ungewiß ist, wird die Caution noch verlangt.

tur, quibus, si verus procurator (*l. cognitor*) egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset.

124) Keller, L. C. und Urtheil S. 322 folg. 342 folg.

125) S. oben Note 75—78, die vier Fälle, wo nach dem Recht dieser Zeit der Procurator dem Cognitor gleichgestellt wird.

126) S. Note 89.

127) *L. 23. D. de adm. tut.* (26, 3) folg. Note. *L. 13. C. I. eod.* (5, 37). *Alex.*

Dieß neue Recht fassen die juristischen Classiker des dritten Jahrhunderts in dem Satz zusammen: durch die Litiscontestation des verus procurator, des Actor Municipum, des Tutor und des Curator werde das Klagrecht in Judicium deducirt, d. h. consumirt, die nochmalige Klage ausgeschlossen [128]); ja sie behaupten dieß selbst dann, wenn ein falsus procurator oder negotiorum gestor aufgetreten ist und der Dominus dessen Prozeßführung nachträglich ratihabirt, in welchem Fall die Litis Contestatio rückwärts für ihn convalescire [129]).

Ist also in allen diesen Fällen das Judicium durch die Litiscontestation eines legitimen Vertreters des Klägers oder des Beklagten für Jenen, den Repräsentanten, constituirt und von ihm klagend oder vertheidigend [130]) bis zum Endurtheil

128) *L. 11. § 7. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *Ulp.* Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt; inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum: ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit. Zunächst wird also hier nur die exceptio rei iudicatae mit der exc. rei in iudicium deductae gleichgestellt, vgl. *L. 40. § 2. D. de procur.* (3, 3); doch zweifle ich nicht, daß man jetzt nach Analogie des Cognitor auch die Consumtion ipso iure annahm. Für Vormünder s. *L. 22. D. de adm. tut.* (26, 3). *Paul.* Tutor ad utilitatem pupilli et novare et rem in iudicium deducere potest. *L. 23. Ulp.* Vulgo observatur, ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum, quia rem in iudicium deducit. Quid tamen si dubitetur an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus sit? Aequum est adversarium non decipi. Idem et in curatore est, ut Iulianus scripsit (?). *L. 17. § 2. D. de iureiur.* (12, 2). *Paul.*

129) *L. 56. D. de iud.* (5, 1). *Ulp.* Licet verum procuratorem in iudicio (*l.* iudicium) rem deducere verissimum est: tamen et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta. *L. 27. pr. D. de procur.* (3, 3). *Ulp.* *L. 66. eod. Pap.* Si is, qui Stichum vel Damam, utrum eorum ipse vellet, stipulatus est, et ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine Titius petit: facit, ut res in iudicium deducta videatur et stipulationem consumit. Papinians stets präciser Ausdruck spricht für Consumtion ipso iure in einem Fall, wo mit der condictio certi geklagt, wo sie also möglich war. *L. 1. C. I. quib. res iud.* (7, 56). *Alex.*

130) Der Vertreter des Klägers agit, der Vertreter des Beklagten

durchgeführt, so entsteht die Frage, auf wen dieses zu richten sei. Die Condemnation oder Absolution kann nach Maßgabe der Formula nur auf den Vertreter des Klägers oder des Beklagten gerichtet werden, weil die Condemnatio den Judex darauf anweist [131]); ein anders gefaßtes Urtheil ist selbst ungültig [132]). Hieraus scheint zu folgen, daß auch die actio iudicati aus dem condemnatorischen Urtheil dem Vertreter des Klägers zustehen, der Vertreter des Beklagten ihr haften und hierin die Uebertragung des Klagrechts im Erfolg sich vollenden müsse. Allein da nicht diese, sondern Repräsentation im Interesse des Dominus bezweckt wurde, so mußte ein Weg gefunden werden, diesen Erfolg des Prozesses auf den Dominus zurückzubeziehen [133]). Mit dieser Aufgabe beschäftigte sich der Prätor von Anfang an, als er überhaupt Repräsentanten im Prozeß zuließ, und stellte für deren verschiedene Arten in seinem Edicte, das bis zu seinem Abschluß unter Hadrian keine wesentlichen Aenderungen erfuhr, folgende Grundsätze auf. Er war dabei in Verfolgung bestimmter praktischer Ziele um so

ist is, cum quo agitur, quodammodo suo nomine, Note 100, wirklich alieno nomine, daher auch nur der eigentliche Kläger und Beklagte actor und reus heißen. S. z. B. *L. 6. pr. D. de iureiur.* (13, 2) oben Note 3.

131) S. oben Note 99. *Fr. Vat.* § 332. *Pap.* condemnatum procuratorem. *L. 61. D. de procur.* (3, 3). *Paul.* procuratorem damnatum. *L. 20. D. iud. solvi* (46, 7). *L. 4. § 2. D. de app.* (49, 1). *L. 5. § 2. D. ad SC. Vell.* (16, 1). *Ulp.* — defensor, quippe cum ex hac re subeat condemnationem. — Die Infamia bei actiones famosae trifft weder den Procurator, weil er sich des in der Intentio bezeichneten Verbrechens nicht schuldig gemacht, noch den Dominus, weil er nicht condemnirt ist. *L. 6. § 2. D. de his qui not inf.* (3, 2). *L. 2. pr. D. de obs. par.* (37, 15).

132) Für die Cognitio, die hierin der Analogie des Formularprozesses folgt, bezeugt dieß *L. 1. C. I. de sent. et interl.* (7, 45). *Sev. et Ant.*

133) Vgl. meine Versuche S. 175 folg. 226 folg. Zimmern, Rechtsg. III. § 161. Puchta, Instit. § 156. Huschke, Zeitschr. für gesch. RW. XIII. S. 309. Keller, Civilpr. § 53 Note 622. Rudorff, Rechtsg. II. S. 238 folg. Bekker, Consumtion S. 148 folg. Windscheid, die Actio des R. R. S. 123 Note 5, welche Alle wesentlich mit der im Text entwickelten Ansicht übereinstimmen; nur die hier versuchte historische und sachliche Begründung ist m. W. neu. Ganz abweichend ist die Ansicht von v. Salpius, Novation und Delegation § 57 S. 363 folg. Vgl. unten Note 146.

weniger durch formelle Rücksichten behindert, als sowohl die actio iudicati in ihrer gegenwärtigen Form, als die prozessualische Repräsentation seine Schöpfung war [134]).

Für die Cognitoren erklärte er allgemein, — nur mit Einer Ausnahme, auf die ich später zurückkommen werde, — die actio iudicati nicht dem Cognitor des Klägers als dem Sieger und nicht gegen den condemnirten Cognitor des Beklagten, sondern activ und passiv für den Dominus geben zu wollen [135]). In der That wäre es widersinnig gewesen, einem gewöhnlichen Prozeßanwalt des Klägers, der nicht einmal zur Annahme freiwilliger Zahlung ermächtigt ist, die Beitreibung des Judicats durch Klage zu gestatten [136]), oder von dem Anwalt des Beklagten, der keine Mittel dafür in Händen hat, die Zahlung zu erzwingen. Die Formula der actio iudicati ist uns überhaupt, also auch für diesen Fall, unbekannt; doch dürfen wir annehmen, daß sie, umgekehrt wie bei der ursprünglichen Klage, die thatsächliche Begründung in ihrer Intentio oder Demonstratio von dem Cognitor hernahm und ihre Condemnatio auf den Dominus richtete [137]). Einer causae cognitio bedurfte es deshalb nicht, sondern nur der Ausführung einer unbedingten Verheißung des Edicts [138]). Eine Folge dieser Bestimmung über die

134) Es wird meist übersehen, daß der Gegensatz von cui ipso iure civili actio competit mit cui a Praetore datur (*Gai.* IV. § 112.) bei dieser Frage nirgends erwähnt wird. Vgl. Note 140. 142. Die Stelle des Edicts, die sie ohne Zweifel für alle Arten der Stellvertreter entschied, ist uns nicht erhalten. Vgl. Rudorff, Zeitschr. IV. S. 80.

135) *Paul.* I. 2. de cognitoribus. § 4. Actio iudicati non solum in dominum aut domino, sed etiam heredi et in heredem datur. *L. 31. § 2. D. sol. matr.* (24, 3). *Iulian.* procurator *l.* cognitor. *Fr. Vat.* § 317. in Note 139.

136) *Arg. L. 86. D. de solut.* (46, 3). *Paul.* Hoc iure utimur, ut litis procuratori (*l.* cognitori) non recte solvatur: nam et absurdum est, cui iudicati actio non datur, ei ante rem iudicatam solvi posse. S. oben Note 58.

137) Vgl. Note 111. Es ist bemerkenswerth, daß sie weder in diesem Fall, noch bei anderen Vertretern utilis actio genannt wird. Vgl. Note 148. 154.

138) Anders beim Procurator *Fr. Vat.* § 317. in Note 139. Daher sagt noch *L. 7. pr. C. Th. de cognit.* (2, 12). *Theod. et Val. a.* 424. — si cognitor — usus fuerit prosperiore fortuna, vel

actio iudicati war es, daß die von jedem Vertreter des Beklagten geforderte satisdatio iudicatum solvi nicht von dem Cognitor, sondern von dem Dominus zur Sicherung der eigenen eventuellen Verpflichtung bestellt wurde [139]).

Nur ein Anwalt für diesen Prozeß ist auch der Actor Municipum; daher aus gleichen Gründen die actio iudicati ihm und gegen ihn versagt und für die vertretene Gemeinheit gegeben wird. Auch wird dieß auf eine ausdrückliche Bestimmung des Edicts zurückgeführt [140]), die wohl erst, nachdem die Municipien durch die Lex Julia municipalis in den Kreis des römischen Rechts und der Jurisdiction des Prätors gezogen waren, aufgestellt worden ist. Daraus ist ferner zu schließen, daß auch die satisdatio iudicatum solvi, wie beim Cognitor, nicht von dem Actor, sondern von der Gemeinheit für ihn bestellt wurde. Anders freilich, wenn er nicht auf Grund seiner Vollmacht, sondern vermöge seiner allgemeinen

eadem reclamante devictus, iudicati actionem sine ulla cunctatione in dominum dari vel domino.

139) In diesem Zusammenhang sagt Paulus (?) von den verschiedenen Cautionen handelnd *Fr. Vat.* § 317. (A. für den Kläger) apud acta facto procuratori haec satisdatio (*sc. de rato*) remitti solet; nam cum apud acta nonnisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intellegendus est. (B. für den Beklagten) Ad defendendum (1) cognitore constituto dominus, non cognitor satisdare cogendus est; cum vero (2) procurator defensurus intervenit, non dominus, sed procurator iudicatum solvi satisdare compellitur: quae satisdatio adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiamsi apud acta procurator constituatur, divus Severus constituerit. Cognitore enim interveniente (1) iudicati actio domino vel in dominum datur: — interveniente vero procuratore (2) iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit. *cf.* § 33. Note 142. 146.

140) *L. 6. § 3. D. quod cui. un.* (3, 4). *Paul.* Actor universitatis si agat —: procuratoris (*l.* cognitoris) partibus fungitur: et iudicati actio ei ex edicto non datur. *L. 4. § 2. D. de re iud.* (42, 1). *Ulp.* Actor municipum potest rem iudicatam recusare: in municipes enim iudicati actio dabitur. In beiden Fällen war es Sache der städtischen Verwaltungsbeamten, das Judicat als Activum in die tabulae publicae einzutragen und durch die ihnen zu Gebote stehenden Zwangsmittel beizutreiben, als Passivum aber dessen Berichtigung aus der Gemeindekasse zu befehlen.

Vertretungspflicht eine Klage übernahm, wo in beiderlei Hinsicht die für den Defensor geltenden Grundsätze zur Anwendung kamen [141]).

Durchaus verschieden von Beiden ist die Stellung des Procurator, worunter zu der Zeit, als der Prätor zuerst Repräsentanten im Prozeß zuließ, der procurator omnium rerum eines Abwesenden verstanden wurde. Daß zu dessen allgemeiner Vertretung auch die Anstellung und Uebernahme der actio iudicati in Folge eines von ihm geführten Prozesses gehörte, verstand sich von selbst; und hierauf bezog sich ursprünglich die Stelle des Edicts, welche sie ihm zusprach [142]). Hatte

141) Gaius cit. Note 106 bemerkt dieß nicht, weil er überhaupt den Actor Municipum mit Stillschweigen übergeht. Der innere Zusammenhang aber führt darauf, und aus diesem und den gegebenen Bruchstücken hat Rudorff, Zeitschr. IV. S. 83 die lückenhaften Stelle Papinians *Fr. Vat.* § 335. zu restituiren versucht, sachlich richtig, wie mir scheint, bis auf Einen Punkt: (1) Actor munici[*pum, et si verbis edicti et defendere et de rato cavere co*]gitur, interdum neut[*rum praestare necesse habet.* (2) *nam ne eo quidem nomine iudicium*] accipere cogitur, quod iudi[*catum solvi pro eo consentiente satisdatum sit*], sicut in cognitore [*observatur.* (3) *certe iudicium accipere non compellitur in iis*] casibus, quibus et cognito[*r non cogitur*: (4) *nam nec constitui ei recte potest, neque rect*]e ei solvitur, sicut nec [*cognitori constitui aut solvi potest.* (5) *sane si defendat municipes*], adversus omnes def[*endere debet, qui cum municipibus agere volent:* (6) *nec recte*] defendere intelle[*gitur, nisi sollemniter iudicatum solvi*] satisdederit. (7) ceter[*um ne in eum actio iudicati detur, praetor eum ad*]iuvare debet: sic[*ut et tutorem adiuvat qui pupilli nomine condemnatus est*]. Satz (2) muß positiv lauten: da wie beim Cognitor der Dominus, d. h. die Stadt, für ihn Bürgschaft iudicatum solvi bestellt, so wird er auch zur Einlassung auf das Judicium gezwungen, (3) nur ausnahmsweise wie der Cognitor davon entbunden. Zu (4) constitui vgl. *L. 5. §§ 6—9. D. de pec. const.* (13, 5); die Uebertragung der actio iudicati (7), die als außerordentliche Hülfe des Prätors bezeichnet wird, ist auf den Fall der defensio necessaria zu beziehen, sonst würde Papinian mit Ulpian in *L. 4. § 2. cit.* in Widerspruch gerathen.

142) *Fr. Vat.* § 317. in Note 139. interveniente vero procuratore iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit. Daß edicto perpetuo nur das Schweigen des Edicts im Gegensatz des Cognitors bedeute, ist nicht wahrscheinlich; competit sagt der Jurist, weil dieß die allgemeine, aus dem Inhalt des Urtheils abgeleitete Bestimmung des Edicts ist, im

er auf diesem Wege Zahlung empfangen oder geleistet, so glich sich dieß bei der Abrechnung mit dem Dominus aus, wo er als Mandatar alles in den Geschäften des Dominus Empfangene herausgiebt und die bona fide gemachten Auslagen erstattet erhält[143]). Hatte vor Abgabe der Verwaltung die Zahlung des Judicats noch nicht statt gefunden, so mußte nach denselben Grundsätzen die actio iudicati dem Dominus cedirt oder von ihm übernommen werden[144]). Dieselbe Behandlung ließ der Prätor dann auch für den unförmlich bestellten Anwalt (procurator litis) eintreten[145]), als dieser für den Kläger sowohl als für den Beklagten zugelassen wurde. Jeder Procurator des Beklagten mußte aber die nothwendige satisdatio iudicatum solvi selbst bestellen, weil er auch der actio iudicati haftete[146]). Eine Aenderung dieser Bestimmungen des

Gegensatz der abweichenden Verfügung causa cognita im einzelnen Fall.

143) *L. 46. §§ 4. 5. 6. D. h. t.* Die poena calumniae wird ihm nicht ersetzt.

144) *Arg. L. 49. § 2. D. de acq. poss.* (41, 2). *L. 8. § 4. L. 45. pr. §§ 2—8. D. mandati* (17, 1).

145) Zu Gaius' Zeit s. oben Note 71. Paulus in *Fr. Vat.* § 317. Note 139 begreift auch diesen.

146) *Fr. Vat.* § 317. cit. Note 139. Anders freilich legt die ganze Stelle v. Salpius, Novation und Delegation S. 365 aus. Den Zwischensatz: quae satisdatio *rel.* bezieht er nur auf den procurator und schließt e contrario auf folgenden, unausgesprochenen Gedankengang des Juristen: Et pro cognitore quidem satisdatio (iudicatum solvi) remitti potest; procuratoris autem adeo necessaria est *rel.*, supponirt also einen Rechtssatz, der dem gesammten Inhalt der Rechtsquellen bis auf Justinian (*cf. §§ 4. 5. I. de satisd.* 4, 11.) widerspricht. Eine Bestätigung desselben findet er in dem folgenden: Cognitore enim *rel.*, welches er mit dem Zwischensatz, nicht mit dem ersten Hauptsatz in Verbindung bringt. Sachlich ließe es sich hören, daß beim Cognitor die satisdatio iudicatum solvi ganz erlassen werde, weil ja der Prätor durch die actio iudicati schon dafür gesorgt habe, daß der Dominus hafte; wenn nur nicht quellenmäßig feststände, daß ohne diese satisdatio kein Vertreter des Beklagten zugelassen wird und daß in diesem Fall der Dominus sie ausnahmslos leisten muß. Dennoch glaubt der Verf. „den stringenten Beweis" geführt zu haben: 1) daß zur Zeit des Paulus der Cognitor des Beklagten unter Umständen von jener Caution befreit wurde; aber vgl. *L. 166. D. de reg. iur.* (50, 17). *Paul.* 2) daß zu derselben Zeit, abweichend von der Bestimmung des Edicts, die actio iudicati für den Dominus gegeben wurde. Dafür wird noch *L. 28. D. h. t.* angeführt, wo procurator sicher nicht für cognitor steht. Auch giebt der Verf. zu, daß

Edicts hat auch nicht statt gefunden. Aber nach dessen Abschluß wurde der Prätor durch das praktische Bedürfniß und die fortgeschrittene Theorie in Bezug auf die Contracte eines Geschäftsführers [147]) veranlaßt, im einzelnen Fall nach einer causae cognitio von der Regel des Edicts abzuweichen, und die actio iudicati activ oder passiv für den Dominus zu geben [148]); hauptsächlich bei dem procurator praesentis, d. h. bei dem Anwalt eines am Gerichtsort Anwesenden, der ja auch sonst, abgesehen von der förmlichen Bestellung, dem Cognitor gleich galt [149]). Verlangte der gegenwärtige Kläger, daß ihm die actio iudicati gegeben werde, so hatte der Procurator gar kein Interesse dem entgegenzutreten, außer etwa, wenn er den Ersatz seiner Auslagen aus dem Judicat verlangte, weil der Dominus insolvent ist [150]). Der Procurator des Beklagten dagegen konnte als bloßer Anwalt die Uebernahme der actio iudicati wie die Zahlung ablehnen und den Kläger mit der weitern Verfolgung seines Anspruchs billigerweise an seinen

nach seiner Auslegung Paulus dem Papinian in *Fr. Vat.* §§ 331. *sq.* widerspricht, und erklärt diese „Antinomie“ aus „einem vorübergehenden Rückschritt der Meinungen“.

147) Zunächst bei prätorischen Stipulationen causa cognita. *L. 79. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 5. D. de stip. praet.* (46, 5). *L. 18. § 16. D. de damn. inf.* (39, 2). Dann auch bei anderen Contracten *L. 13. § 25. D. de act. empti* (19, 1). *L. 10. § 5. D. mandati* (17, 1) u. s. w. allgemein durch actiones utiles.

148) *L. 28. D. h. t. Ulp.* Si procurator meus iudicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti iudicati actio indulgetur. Der weitere Verlauf der Stelle beweist, daß Ulpian vom Procurator Litis, nicht vom Cognitor sprach; und characteristisch ist, daß er für die Stipulation auf die actio utilis anspielt, während bei der actio iudicati diese selbst ausnahmsweise gewährt wird.

149) *Fr. Vat.* § 331. *Pap.* Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum, iudicati actio. v. Salpius a. a. O. bezieht die causae cognitio darauf, ob der procurator etwa in rem suam bestellt sei. Natürlich bezog sie sich auch auf diesen Umstand, wenn er nicht von vornherein klar war, wie dieß im Edict für den Cognitor vorausgesetzt wurde; aber keines Falls war sie darauf beschränkt.

150) *L. 30. D. h. t. Paul. lib. 1. Sent.* Actoris procurator, non in rem suam datus, propter impensas, quas in litem fecit, potest desiderare, ut sibi ex iudicatione satisfiat, si dominus litis solvendo non sit.

gegenwärtigen Schuldner verweisen, wenn er nicht etwa sich zugedrängt, während er wußte, daß Jener nicht sicher sei, also auch für die Zahlung eingetreten war [151]). Anders bei dem procurator absentis, er sei nun Generalbevollmächtigter oder nur Prozeßanwalt. Denn der abwesende Kläger kann auf die actio iudicati keinen Anspruch erheben; und an den abwesenden Beklagten kann der Kläger nicht verwiesen werden, er konnte, als er sich einließ, erwarten, daß der Procurator, der ja satisdatio iudicatum solvi geleistet hat, auch wegen der Zahlung für den Dominus eintreten werde [152]). Um wie viel mehr galt dieß für den Defensor, außer wenn er die Defensio gezwungen übernommen hatte [153]).

Dieselbe Entwicklung hat das Recht der Tutoren und Curatoren durchlaufen, die als Verwalter eines ganzen Vermögens dem procurator omnium rerum so ähnlich sind. Wenn der Tutor oder Curator in einem Prozeß für seinen Mündel aufgetreten war, so wurde das Urtheil auf ihn gerichtet und dem zu Folge war die actio iudicati ursprünglich für ihn und gegen ihn begründet. Nach Beendigung seiner Verwaltung [154]) wurde sie aber activ und passiv auf den Mün-

151) *L. 61. D. h. t. Paul.* Plautius ait: Procuratorem damnatum non debere conveniri, nisi aut in rem suam datus esset, aut obtulisset se, cum sciret cautum non esse, omnibus placuit *rel. L. 4. pr. D. de re iud.* (42, 1).

152) *Fr. Vat.* § 332. *cf.* § 328. Ein Excerpt aus derselben Stelle des *Pap. lib.* II. *resp. cf.* § 331. wie *L. 67. D. h. t.* beide in verschiedener Weise verstümmelt. Dort heißt es: Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat: et ideo nec iudicati actio post condemnatum procuratorem in dominum datur, aut procuratori, qui vicit, denegatur. In *Fr. Vat.* § 328. und *L. 67. cit.* et si negotia agere desierit, also vom procurator omnium rerum. Dasselbe muß aber auch vom procurator litis gelten, wenigstens so lange der Dominus absens oder wenn er insolvent ist.

153) Für die Regel s. *L. 61. cit.* Note 151. Idem erit observandum, et si defensoris loco cum satisdatione se liti obtulerit. *L. 28. fin. D. h. t. Ulp.* Sed et si defensor meus satisdederit in me ex stipulatu actio non datur: quia nec iudicati mecum agi potest. Für die Ausnahme *Fr. Vat.* § 335, 7. Note 141.

154) *L. 1. C. l. quando ex facto tut.* (5, 39). *Antonin.* finito officio — actio iudicati

del[155]) oder seine Erben übertragen[156]); passiv freilich nur dann, wenn er sich nicht zugedrängt, also die Schuld selbst übernommen[157]), oder sich sonst etwa durch seine Calumnia schuldig gemacht hatte[158]). Von einer besondern Causae Cognitio ist dabei nicht die Rede, weil sich die Sache regelmäßig bei der Rechnungslegung des Vormundes erledigt. Die Zurückführung dieser Grundsätze auf kaiserliche Rescripte beweist, daß sie nicht dem Edict, sondern einer späteren Rechtsbildung angehören.

Der Inhalt des richterlichen Urtheils ist aber nicht auf die Condemnation oder Absolution, und seine Wirkung nicht auf die actio iudicati beschränkt; auch die exceptio rei iudicatae bedarf noch der Betrachtung. Insofern sie freilich mit der exceptio rei in iudicium deductae zusammenfällt, d. h. ohne Rücksicht auf den Inhalt des Urtheils die Consumtion des Klagrechts durch sie geltend gemacht, die Wiederanbringung derselben Sache (eadem res) ausgeschlossen wird, ist das Nöthige schon oben gesagt worden. Sie dient aber auch dazu, „die förmliche Wahrheit" des Urtheils zu behaupten, wenn die in demselben entschiedene Frage (eadem quaestio) in einem zweiten, von dem ersten vielleicht völlig verschiedenen Rechtsstreit in Zweifel gezogen wird[159]). In dieser Beziehung kommt es also auf den Inhalt der richterlichen Entscheidung an, die bei in rem actiones sich nicht auf die condemnatio oder absolutio

utilis adversus ipsam (*sc. adolescentem*) — exercenda est; die einzige mir bekannte Stelle, welche die Klage als utilis actio bezeichnet, vielleicht statt utiliter, mit Erfolg.

155) *L. 2. D. de adm. tut.* (26, 7). *Ulp.* Si tutor condemnavit sive ipse condemnatus est, pupillo et in pupillum potius actio datur: — et hoc etiam D. Pius rescripsit: et exinde multis rescriptis declaratum est. *L. 6. D. quando ex facto tut.* (26, 9). *Pap.* iudicati transfertur ad pupillum actio.

156) *L. 15. D. si quis caut.* (2, 11). *L. 2. cit. L. 5. pr. D. quando ex facto tut.* (26, 9).

157) *L. 2. cit.* et maxime si non se liti obtulit, sed cum non posset vel propter absentiam pupilli vel propter infantiam auctor ei esse ad accipiendum iudicium. *L. 7. D. quando ex facto* (26, 9). *L. 4. § 1. D. de re iud.* (42, 1).

158) *L. 6. C. 1. de adm. tut.* (5, 37). *Alex.*

159) S. § 111.

beschränkt, sondern auch die ihnen vorausgehende pronuntiatio umfaßt[160]), bei Präjudicialklagen selbst ausschließlich das Endurtheil bildet[161]), in beiden Fällen rechtskräftig (res iudicata) und gleichfalls durch die exceptio rei iudicatae in bestimmtem Umfang geltend gemacht wird. Es bleibt also noch die Frage zu beantworten, wie es damit sei, wenn ein Stellvertreter für den Kläger oder für den Beklagten aufgetreten ist[162]).

Die Pronuntiatio bezieht sich allemal auf das in der Intentio für den Kläger dem Beklagten gegenüber behauptete Recht, muß also, wenngleich sie durch einen Vertreter des Einen oder Andern veranlaßt worden, auf den Dominus gerichtet werden. Dieser ist es also auch, für den sie ihre Wirkung durch die exceptio rei iudicatae äußert[163]), vorausgesetzt daß er durch die Handlungen seines Vertreters gebunden oder befugt ist, Rechte aus denselben für sich abzuleiten. Die hierüber entscheidenden Grundsätze haben wir schon bei der Consumtion des Klagrechts kennen gelernt, dieselben gelten auch hier, und dieß ist der Sinn des Ausspruchs der römischen Juristen: daß die exceptio rei iudicatae, in ihrer negativen und positiven Function, denjenigen Personen entgegenstehe, für welche ein Dritter als Cognitor, Procurator, Tutor, Curator oder Actor Municipum die Sache in Judicium deducirt habe; daß sie aber dem Beklagten nicht nur in diesen Fällen, sondern auch wenn ein Defensor für ihn aufgetreten ist, zustehe[164]). Zu fürchten hat der Beklagte die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function in diesem letzten Fall nicht. Daher wenn er zugleich Kläger ist, z. B. bei den Theilungs- und Statusklagen[165]), oder wie bei der in rem actio wenigstens später als Kläger

160) S. oben §§ 90—92.

161) S. oben § 97.

162) Auch bei Präjudicialklagen werden Vertreter zugelassen. *L. 35. § 2. D. h. t. L. 22. § 8. D. ratam rem hab.* (46, 8).

163) Auch für den Repräsentanten, wenn er in derselben Qualität das zweitemal auftritt; nicht z. B. in Folge eines neuen Auftrags, weil er ein Andrer ist. *L. 25. § 2. D. de exc. rei iud.* (44, 2).

164) *L. 11. § 7. D. de exc. rei iud.* (44, 2) abgedruckt in Note 128. *L. 40. § 2. D. h. t. L. 22. § 8. D. ratam rem hab.* (46, 8).

165) *L. 15. § 1. D. h. t. L. 8. § 2. D. ratam rem hab.* (46, 8).

auftreten könnte[166]), der Defensor auch Cautio de rato geben muß.

Bekanntlich wurde die beschriebene Form prozessualischer Repräsentation von den Römern auch für die Uebertragung der Forderungen und Schulden gebraucht. Zwar konnte es auch durch Novation bewirkt werden, daß ein Anderer an meiner Statt Gläubiger oder Schuldner wird. Allein zu der Stipulation mußte im ersten Fall der Schuldner, im zweiten der Gläubiger mitwirken, und konnte dabei sein Interesse wahrnehmen; eine einseitige Uebertragung des Rechtes selbst, wie etwa des Eigenthums, widersprach der Natur des Schuldverhältnisses und der Gerechtigkeit, nach welcher mir kein neuer Gläubiger oder Schuldner gegen meinen Willen aufgedrängt werden darf. Unbeschadet Beider wurde sie aber möglich gemacht durch Vertretung in Bezug auf die Klage, also den Erfolg oder die Ausübung der Forderung, wodurch die rechtliche Lage des Gegners nicht verändert wird[167]). Wir haben Ursache anzunehmen, daß dieser Weg frühzeitig[168]) und in der Zeit der classischen Juristen eben so häufig als heutzutage betreten wurde.

Wer also seine Forderung durch Kauf, Schenkung oder aus welchem Titel sonst auf einen Andern übertragen wollte, bestellte diesen zum Cognitor durch förmliche Anzeige an den

166) *L. 40. § 2. L. 39. § 6. D. h. t. cf. L. 6. D. ratam rem hab.* (46, 8). *Fr. Vat.* § 340. c.

167) Diesen wichtigen, früher nur aus dem Zusammenhang des römischen Rechts entwickelten Grundsatz spricht *Gai.* II. §§ 38. *sq.* mit der ihm eigenthümlichen Klarheit aus. Freilich schließt er ausdrücklich nur die Formen der Eigenthumsübertragung, mancipatio, in iure cessio, traditio, für Obligationen aus, leugnet aber eine andre als die beiden im Text genannten, und weist damit auf den tieferen Grund hin. Wenn der Eigenthümer die Sache aus seinem Willen entläßt, so kann er dadurch ermöglichen, daß ein Andrer sie seinem Willen unterwirft, auf diese Weise also sein auctor werden. Wenn dagegen der Gläubiger den Willen des Schuldners, der ihm in bestimmter Beziehung unterworfen ist, entläßt, so wird dieser liberirt; soll er einem Andern unterworfen werden, so muß er als freier Wille dieß selbst thun (Novation). Die Bevollmächtigung zur Klage aber ist einseitig möglich (Cession).

168) S. Note 176. v. Salpius a. a. O. und § 58 S. 372 hält diesen Fall selbst für älter als den des Prozeßanwalts, eine Ansicht, der ich nicht beitreten kann.

Gegner oder zum Procurator durch simples Mandat, auch ohne daß jener es weiß; seine Einwilligung ist in keinem Fall nothwendig, er muß den gehörig legitimirten Vertreter des Gläubigers sich gefallen lassen [169]). Zum Unterschied von dem Anwalt, der kein eigenes Interesse bei der Sache hat, heißt ein solcher cognitor oder procurator in rem suam. Die Uebertragung wird mandare actiones oder cedere actionibus genannt [170]). Kommt es zur Klage, so wird die Formula, wie in anderen Fällen, alieno nomine gefaßt, die Intentio aus der Person des Cedens hergenommen, die Condemnatio auf den Cessionar gerichtet [171]). Durch die Litiscontestation wird Letzterer dominus litis und zwar nicht bloß der Form, sondern der Sache nach, sein Recht ist nun nicht ferner vom Mandat abhängig [172]). Der Formel gemäß wird die Condemnation zu seinen Gunsten ausgesprochen und die actio iudicati, weil er eigenes Interesse verfolgt, ihm gegeben [173]). — Nur Eine Unvollkommenheit hatte diese sonst so bequeme Form der Uebertragung von Forderungen noch; bis zur Litis Contestatio war das Recht des Cessionars von dem Mandat abhängig, welches durch Revocation oder Tod des Cedens erlischt, auch als höchst persönlich eine weitere Uebertragung ausschließt [174]). Durch Stipulation freilich konnte das Recht auf Cession bestärkt werden, sie gewährte aber keine Klage gegen den Schuldner [175]). Zuerst

169) *Gai. cit.* § 39. IV. § 83. *Fr. Vat.* § 260. *L. 1. C. I. de novat.* (8, 42). *L. 3. C. I. de her. vel act. vend.* (4, 39). *L. 2. C. I. de donat.* (8, 54).

170) Z. B. *L. 2. § 5. D. fam. erc.* (10, 2). *L. 3. § 5. D. de in rem verso* (15, 3). *L. 8. § 10. fin. D. mandati* (17, 1). *L. 76. D. de solut.* (46, 3). Daß zwischen dem Dominus und dem procurator in rem suam keine Mandatsobligation besteht, versteht sich, *L. 42. § 2. D. h. t.*; dennoch ist mandare actiones der allgemeine Ausdruck.

171) *Gai.* IV. § 86. in Note 99 geht auch auf diesen Fall. *cf.* § 35. Keller, Civilpr. Note 612 nimmt noch eine ausdrückliche Erwähnung des Cognitor als solchen in der Formel an.

172) *L. 25. D. de procur.* (3, 3). non debet carere propria lite. *L. 3. C. I. de novat.* (8, 42).

173) *Fr. Vat.* § 317. non alias enim cognitor ea actione (*sc. iudicati*) experietur — quam si in rem suam factus erit. *L. 28. L. 30. D. de procur.* (3, 3)

174) *L. 25. cit.* Note 172. *L. 23. C. I. de procur.* (2, 13). *cf. L. 33. C. I. de donat.* (8, 54).

175) S. z. B. *Gai.* II. § 252.

gab der Prätor in Einem Fall eines unwiderruflichen Rechts auf die actio alieno nomine statt derselben unmittelbar eine actio utilis oder ficticia gegen den Schuldner[176]). Dann schufen Senatusconsulte der Kaiserzeit neue Fälle dieser Art[177]). Endlich wurde auch dieß durch Rechtssprüche der kaiserlichen, mit den angesehensten Juristen besetzten Kanzlei zum allgemeinen Princip erhoben[178]) und hierdurch der Verkehr mit Forderungen in demselben Umfang und mit derselben Leichtigkeit ermöglicht, wie mit andern Vermögensstücken. Das Recht des Cessionars ist jetzt in allen Fällen, wo er das Mandat durch Klage oder Einrede erzwingen könnte, vermöge der actio utilis von diesem unabhängig, also unwiderruflich, vererblich und übertragbar[179]). Der Form nach klagt er mit der actio utilis gegen den Debitor cessus suo nomine[180]). Da diese aber durch die eingerückte Fiction der Klage des Cedens nachgebildet ist[181]), so hat er

176) Der Prätor Publ. Rutilius gab bei Einführung der bonorum venditio die zur Masse gehörigen Klagen dem bonorum emptor gleichsam als Stellvertreter des Cridarius alieno nomine; später aber der Prätor Servius actiones ficticiae, nehmlich ficto se herede. *Gai.* IV. § 35.

177) Dem Fideicommissarerben wurden ursprünglich als fingirtem Käufer der Erbschaft die Klagen procuratorio aut cognitorio nomine gegeben; nach dem SC. Trebellianum als utiles actiones, nach dem SC. Pegasianum bald in dieser, bald in jener Form. *Gai.* II. §§ 252—258. Die Analogie dieses Falles mit den folgenden wird anerkannt in *L. 17. fin. D. de transact.* (2, 15).

178) So für den Käufer einer Erbschaft nach einem Rescript des Ant. Pius *L. 16. pr. D. de pactis* (2, 14) und durch andre Rescripte in andren ähnlichen Fällen. Bei der Dos allerdings, ohne daß das Mandat erzwungen werden konnte *L. 2. C. I. de obl. et act.* (4, 10). dotis favore, wie bei unvollständigem Eigenthmserwerb. *L. 9. § 1. D. de iure dot.* (23, 3).

179) Sine mandato *L. 4. C. I. si cert. pet.* (4, 3). *L. 1. C. I. de mag. conv.* (5, 75). Sein Recht ist unwiderruflich, vererblich und veräußerlich auch vor der Litiscontestation. *L. 55. D. de procur.* (3, 3). *L. 1. C. I. de obl. et act.* (4, 10). *cf. L. 33. C. I. de donat.* (8, 55). Die weitere Folge dieses vollständig erworbenen Rechts ist, daß der Schuldner, nachdem er Anzeige davon erhalten hat, nicht mehr an den Cedens mit Erfolg zahlen kann *L. 4. C. I. quae res pign.* (8, 17). *L. 3. C. I. de novat.* (8, 42). *L. 17. D. de transact.* (2, 15).

180) *L. 5. C. I. quando fiscus* (4, 15). *L. 18. C. I. de legatis* (6, 37).

181) *L. 8. C. I. de her. vel act. vend.* (4, 39). exemplo creditoris. Die Form der Fiction ken-

doch durchaus nicht mehr Recht als dieser, im Erfolg stehen sich beide Formen gleich [182]).

In derselben Weise konnte auch eine Schuld übernommen werden, nehmlich indem der Schuldner einen Andern zum Cognitor oder Procurator in rem suam bestellt oder dieser als Defensor für ihn auftritt. Denn durch die Litis Contestatio eines Vertreters wird er auch ohne sein Wissen und Wollen liberirt [183]). Der Gläubiger aber muß sich diesen gefallen lassen, weil sein Recht nicht geschmälert wird, insofern er nur die nöthige Sicherheit erhält [184]). Nach Maßgabe der Formula wird dann die Condemnation auf den Vertreter gerichtet und, weil er die Schuld selbst übernehmen wollte, auch die actio iudicati gegen ihn gegeben [185]). Das Verhältniß zum ursprünglichen Schuldner kann freilich noch ein verschiedenes sein. Die Uebernahme der Schuld kann, wie durch Expromission, in dessen Interesse als Schenkung oder Intercession, oder im eigenen Interesse geschehen, und nur dieß ist eigentlich in rem suam [186]).

nen wir nicht; aber nach diesem Ausdruck ist eher an die Analogie des bonorum emptor (*Gai.* IV. § 35.) als an Fiction des Mandats zu denken.

182) *L. 5. C. I. eod. Alex.* Emptor hereditatis, actionibus mandatis, eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emptori tribui placuit. Die Meinung kann nicht sein, daß die mandirten Klagen ihm weniger gewährten, als die utiles actiones; denn wer würde sich dann jener bedienen? sondern umgekehrt: obgleich actiones utiles gegeben werden, hat der Käufer der Erbschaft nie mehr Recht als der, den er mit der actio mandata vertritt. Vgl. auch *L. 4. C. I. quae res pign.* (8, 17). quatenus tamen ipse debet.

183) *L. 23. D. de solut.* (46, 3) oben Note 103. Für den cognitor in rem suam des Schuldners vgl. *L. 4. § 2. D. de proc.* (3, 3) mit *Gai.* IV. § 101.

184) *L. 3. fin. D. fam. erc.* (10, 2). — *L. 29. D. de procur.* (3, 3) scheint zu widersprechen, ist aber auf den Fall zu beziehen, daß die Bürgschaft dem Kläger nicht genügt, oder daß er vorzieht, die Rückkehr des abwesenden Schuldners zu erwarten; denn die Bestellung eines Procurators cum satisdatione ist ein Recht des Beklagten, und sein Verhältniß zu demselben geht den Kläger nichts an.

185) *Fr. Vat.* § 317. non alias enim cognitor — ei actioni (*sc. iudicati*) subicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit. *L. 61. L. 28. D. de procur.* (3, 3). *L. 4. pr. D. de re iud.* (42, 1).

186) *L. 10. §§ 2. 3. D. de in rem verso* (15, 3). *L. 2. § 5.*

Es steht meist in Verbindung mit einem andern für den Vertreter vortheilhaften Geschäftsverhältniß, Uebernahme einer Erbschaft oder eines Erbschaftstheils u. s. w., wo die Defensio durch eine Stipulation gesichert, in einigen Fällen auch actiones utiles gegeben zu werden pflegten [187]).

Die römische Form prozessualischer Repräsentation hat für uns, die wir gewohnt sind, jede einzelne Handlung des Anwalts als vom Dominus geschehen zu betrachten und für ihn wirken zu lassen, nur historisches Interesse. Von practischem Werth ist dagegen die zuletzt erwähnte Anwendung derselben auf Uebertragung der Forderungen und Schulden, man müßte denn auf die rationelle Begründung der Sätze des römischen Rechts aus der Natur der Rechtsverhältnisse und damit zugleich auf die Sicherheit der Rechtsanwendung verzichten wollen [188]).

Die besprochenen verschiedenen Beziehungen des Rechtsstreits zu Dritten können, wie oben bemerkt wurde, nicht bloß zu Anfang bei der Instruction, sondern auch nach deren Vollendung (post litem contestatam) im Lauf des Judiciums eintreten, wo dann eine Uebertragung desselben (translatio iudicii)

L. 3. D. ad SC. Vell. (16, 1). *L. 4. pr. cit.* In rem suam übernimmt die Defensio auch der Regreßpflichtige, wenn er in dieser Form und nicht durch bloße Assistenz intervenirt. *L. 42. § 2. D. de procur.* (3, 3). *L. 49. D. de iud.* (5, 1). *L. 21. § 2. L. 53. § 1. D. de evict.* (21, 2). *L. 21. L. 23. L. 29. C. I. eod.* (8, 45).

187) *Gai.* II. §§ 252—258. *L. 3. fin. D. fam. erc.* (10, 2). *L. 2. C. I. de her. vel act. vend.* (4, 39). *L. 2. § 9. D. eod.* (18, 4). *L. 50. § 1. D. de verb. obl.* (45. 1). *L. 28. D. de donat.* (39, 5).

188) Dieser für die Praxis wie für die Wissenschaft gleich wichtige Zusammenhang scheint mir gefährdet, wenn man mit neueren Schriftstellern, insbesondre dem neuesten, v. Salpius, a. a. O. §§ 60—65 diese Uebertragung für eine Succession erklärt, obgleich schon die Römer in dem sichern Besitz der Begriffe es mit den Worten transferre und succedere, wie wir gleich sehen werden, leicht nehmen. Eine erschöpfende Besprechung der Controvers ist nicht dieses Orts. Vgl. auch Böcking, Pand. II. § 120. Instit. II. § 22.

bewirkt werden muß[189]): natürlich nicht ohne Umschreibung der seinen Ausgang bestimmenden Formula auf die neu eintretende Person, also auch nicht ohne Mitwirkung des Prätors, nachdem er sich von der Berechtigung dieser Person überzeugt hat.

Bei der Universalsuccession von Todes wegen, welche das im Prozeß befangene Rechtsverhältniß befaßt[190]), wird auf den Antrag des Erben, der den Prozeß aufnimmt (reassumirt), oder seines Widersachers, der denselben gegen ihn durchführen will[191]), das Judicium auf den Erben übertragen und die Formula entsprechend abgeändert. Denn, da ein auf den Verstorbenen lautendes Urtheil nichtig wäre[192]), so muß jetzt der Judex angewiesen werden, den Erben zu condemniren, also die Condemnatio ist auf diesen umzuschreiben. Die Begründung der Klage dagegen in der Intentio und was dazu gehört muß dieselbe bleiben, wie sie zur Zeit der Litis Contestatio war, soll anders die Lage des Klägers oder des Beklagten nicht verschlimmert werden[193]). Aber auch rücksichtlich der Condemnatio wird dafür gesorgt, daß dieß nicht geschehe: die mehreren Erben des Beklagten müssen Einen Procurator bestellen, damit der Kläger wegen seiner Befriedigung sich an Einen halten könne; nicht so die mehreren Erben des Klägers, außer bei den Theilungsklagen, um eine gemeinsame Adjudication an sie zu ermöglichen[194]). Daß in allem Uebrigen, namentlich rücksichtlich des Gerichts, das Judicium unverrückt bleibt, versteht sich von selbst[195]).

Aehnlich muß es bei der singulären Uebertragung des streitigen Rechtsverhältnisses gehalten worden sein. Zwar verbot

189) Keller, Civilpr. § 68. Rudorff, Rechtsg. II. § 75. Wetzell, Civilpr. §§ 6. 9.

190) *L. 29. D. de lib. op.* (38, 1). Ebenso bei einer Universalsuccession unter Lebenden. *L. 22. § 3. D. de inoff. test.* (5, 2).

191) *L. 4. C. I. de in lit. iur.* (5, 53).

192) *L. 2. pr. D. quae sent. sine app.* (49, 8).

193) Die Lage des Klägers *L. 8. § 1. D. de fideiuss. tut.* (27, 7). *L. 4. C. I. de in litem iurando* (5, 53) und des Beklagten *L. 14. D. de his qui not. inf.* (3, 2). *cf. L. 6. § 2. eod.* Vgl. Keller, L. C. und Urtheil S. 167 Note 3.

194) *L. 5. § 7. D. iud. solvi* (46, 7). *L. 48. D. fam. erc.* (10, 2). *L. 42. § 6. D. de procur.* (3, 3).

195) *L. 34. D. de iud.* (5, 1).

aus gleichem Grunde, damit die Lage des Gegners während des Prozesses nicht verschlimmert werde, ein Edict von August die Veräußerung der res litigiosa [196]). Allein nicht bloß in den von dem Verbot ausgenommenen Fällen [197]), sondern wo der Rechtsstreit nicht die Sache selbst, sondern nur ein Accessorium derselben betrifft, diese also gar nicht res litigiosa ist, wird die Veräußerung gestattet [198]), und der Successor muß dann den Prozeß in der Lage aufnehmen, in welcher der Auctor ihn übergiebt [199]).

Ein die Begründung der Klage betreffendes Repräsentationsverhältniß, welches im Lauf des Prozesses für das streitige Recht eintritt oder aufhört, kann eine translatio iudicii nothwendig machen. So wird die actio iniuriarum, die der Vater wegen einer dem Sohne zugefügten Beleidigung angestellt hat, wenn er sich entfernt, oder die Verfolgung vernachläßigt, oder den Sohn emancipirt, causa cognita auf diesen [200]), die Klage gegen den Sohn, wenn dieser stirbt, nach dem Maaß des Peculiums oder der in rem versio auf den Vater [201]), die Noxalklage gegen den Herrn, wenn der Sklave durch den Eintritt einer Bedingung oder durch Richterspruch frei geworden, auf diesen übertragen [202]); überall mit entsprechender Aenderung der Formula [203]).

Endlich kann auch in Bezug auf prozessualische Repräsentation nach der Litis Contestatio eine Aenderung, somit eine Uebertragung des Judiciums von dem Procurator auf den Do-

196) *Fr. de iure fisci* § 8. *Dig.* 44, 6. *Cod. Iust.* 8, 37. *de litigiosis.* *L. 3. D. h. t. Gai.* — ne liceat eo modo duriorem adversarii condicionem facere.

197) *L. 13. D. fam. erc.* (10, 2). *cf. L. 4. § 1. C. I. h. t.*

198) Z. B. *L. 9. D. fin. reg.* (10, 1). *L. 11. § 9. D. de exc. rei iud.* (44, 2). Cession einer zur Erbschaft gehörigen Klage *L. 2. § 8. D. de her. vend.* (18, 4).

199) *Arg. L. 9. § 2. L. 28. D. de exc. rei iud.* (44, 2). Um wie viel mehr der Cessionar.

200) *L. 17. § 14. D. de iniur.* (47, 10).

201) *L. 57. D. de iud.* (5, 1).

202) *L. 15. D. de nox. act.* (9, 4). *L. 24. § 4. D. de lib. causa* (40, 12).

203) Vgl. § 96 Note 88 und oben Note 35—37. 42—44.

minus oder umgekehrt, und von einem Procurator auf einen andern stattfinden; nothwendiger Weise, wenn der Procurator stirbt oder durch capitis deminutio unfähig wird; willkührlich auf Antrag des Dominus, des Klägers sowohl als des Beklagten, oder des Procurators, jedoch nur ex iusta causa, über die im ersten Fall der Procurator selbst und allemal der Gegner vom Prätor in förmlicher Cognitio gehört wird [204]). Der Procurator kann, nach der Litis Contestatio, weil dominus litis, selbst einen andern zum Procurator bestellen, aber aus gleichem Grunde gewiß nicht ohne Causae Cognitio des Prätors [205]). Auch ein Defensor kann für den abwesenden Beklagten eintreten [206]), oder umgekehrt der zurückgekehrte Dominus seine Defensio selbst übernehmen [207]). In allen diesen Fällen muß die Formula in ihrer Condemnatio umgeschrieben, und überdieß von jedem neu Eintretenden die bestellte Bürgschaft, insofern sie nicht erlischt, übernommen werden [208]).

---

4. Der Geschworne (iudex).

§ 101. Zur Instruction gehört endlich auch die Wahl des Geschwornen (iudex) und seine Bestellung (iudicis datio addictio), die gleichfalls einen Theil der Formula bildet [1]).

204) *L. 16. — L. 27. pr. L. 46. pr. D. de procur.* (3, 3). *L. 7. § 9. D. de dolo* (4, 3). *L. 45. § 1. D. mandati* (17, 1). — Ebenso beim actor municipum *L. 6. § 3. D. quod. cui. un.* (3, 4).

205) *L. 8. § 3. D. mandati* (17, 1). *L. 4. § 5. D. de appell.* (49, 1). *L. 8. L. 11. L. 22. C. l. de procur.* (2, 13). *L. 1. C. Th. de cogn.* (2, 12). Wegen der causae cognitio vgl. *L. 24. D. de procur.* (3, 3).

206) Auch im eigenen Interesse, z. B. der Bürge in der satisdatio iudicatum solvi, um deren Verfall zu verhüten. *L. 42. § 7. D. de procur.* (3, 3). *L. 5. § 3. D. iud. solvi* (46, 7) nennt dieß in defensionem succedere.

207) *L. 64. D. de procur.* (3, 3).

208) *L. 27. § 1. D. de procur.* (3, 3). Im Fall der *L. 64. cit.* erlischt die Satisdation des Defensors.

1) Vgl. Keller, Civilpr. § 9. Rudorff, Rechtsg. II. § 9.

Es liegt im Begriff des römischen Civilgeschwornen, war daher ein Grundsatz eben so alt als sein Amt, daß die Partheien sich über seine Person als einen beiderseitigen Vertrauensmann einigen [2]), wobei ihre Wahl jedoch auf die gesetzlich dazu befähigten Classen der Bürger beschränkt war.

Unter der Republik waren dieß für das Amt des Einzelgeschwornen (unus iudex, arbiter) ursprünglich die etwa dreihundert Senatoren, denen dann im Jahrhundert der Revolution die Ritter an die Seite traten, immer hervorragende, öffentlich anerkannte Persönlichkeiten. Die Wahl geschah so, daß der Kläger dem Beklagten in iure aus diesen einen Geschwornen vorschlug (iudicem ferre) [3]), und der Beklagte denselben entweder eidlich verwarf, weil er ihn für partheiisch halte (iniquum eiurare) [4]), oder ihn sich gefallen ließ, derselbe also von Beiden angenommen wurde (sumere iudicem) [5]). Durch den Eid nahm der Be-

2) *Cic. pro Cluentio* 43. Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset. Auch hier nimmt der Redner den Mund etwas voll, will aber offenbar weder über die Urzeit etwas aussagen (*cf. de re publ.* V. 2.), noch denkt er an die Magistrate, Centumvirn u. s. w. seiner Zeit, sondern nur an das allerdings alte Institut der Einzelgeschwornen. Daß für die Recuperatoren dasselbe galt, wird sich gleich zeigen.

3) *Cic. pro Rosc. com.* 15. quem ego si ferrem iudicem, refugere non deberet. *de orat.* II. 65. *cf. c.* 70. cum ei (*sc. Scipioni*) M. Flaccus multis probris obiectis P. Mucium iudicem tulisset: Eiero, inquit, iniquus est. Cum esset admurmuratum, Ah, inquit, P. C., non ego mihi illum iniquum eiero, verum omnibus, ein Fall freiwilliger Sponsion oder nur analoger Anwendung der Sache.

4) *Cic. de or.* II. 70. *cit. Verr.* III. 60. *Plin.* XII. 7. *fin.* II. 35. Der Kläger hatte also auch in dieser Beziehung den Vortheil der Initiative.

5) Von beiden Partheien *Cic. pro Flacco* 21. Q. Naso, vir ornatissimus, — iudex sumitur. Vom Kläger *Cic. pro Quintio* 9. te iudicem, C. Aquilli, sumpsit, ex sponso egit. *pro Rosc. com.* 4. Eundemne arbitrum et iudicem sumebas? 14. quis erat petitor? Fannius. Quis reus? Flavius. Quis iudex? Cluvius. — Quis est ex his gravissimus testis? Sine controversia, qui omnium iudicio comprobatus est iudex. — si ex te (*sc. Cluvium testem spectas, Fanni*): iudicem sumpsisti. Nega, nega nunc, — iudici tuo credi oportere. *Val. Max.* II. 8, 2. iudex inter eos convenit Atilius Calatinus, ein Fall freiwilliger Sponsion.

klagte die Verwerfung auf Gewissen und Ehre, Gründe führte er nicht an, unterlag also im Gebrauch dieses Rechts keiner andern Beschränkung, als der in der Republik so mächtigen, durch die Censur unterstützten öffentlichen Meinung [6]). Doch leidet es keinen Zweifel, daß auch der Prätor, unter dessen Autorität die Sache vorging, einen Beklagten, der dieß Recht mißbrauchte, um der Klage zu entgehen, als Indefensus behandelte [7]).

Auch die Recuperatoren, die wir hier des Zusammenhangs wegen erwähnen, mußten in ihrer ursprünglichen Bedeutung, als unpartheiische Urtheiler unter verschiedenen Nationalitäten, unter Mitwirkung beider Partheien gewählt werden; doch wird uns das dabei beobachtete Verfahren nicht näher beschrieben [8]). Auch wie der Prätor urbanus das recuperatorische Schwurgericht bildete, als er vermöge seines Imperiums diese Form auf gewisse Streitsachen der römischen Bürger unter sich übertrug, ist direct nicht bezeugt; wahrscheinlich aber geschah es nach Analogie des in einem Specialgesetz, der lex agraria vom J. 643, für die Klage des Publicanus auf die aus diesem Gesetz ihm zustehenden Gefälle vorgeschriebenen Verfahrens. Dieß besteht darin, daß die Gerichtsobrigkeit binnen zehn Ta-

6) Vgl. den Fall bei *Cic. de or.* II. 70. in Note 3, wo Scipio's kecke Antwort seine Verwerfung eines Richters wie P. Mucius Scävola nicht minder tadelnswerth erscheinen ließ. *cf. Ascon. ad Cic. or. in toga cand. Orelli* V. 2. *p.* 84. appellavit tribunos Antonius iuravitque, se id eiurare, quod aequo iure uti non posset. Hunc Antonium — censores, — senatu moverunt, — quod iudicium recusavit.

7) So Keller cit. S. 37.

8) *Liv.* 43, 2. L. Canuleio Praetori, qui Hispaniam sortitus erat, negotium datum est, ut in singulos, a quibus Hispani pecunias peterent, quinos recuperatores ex ordine senatorio daret, patronosque quos vellent sumendi potestatem faceret. Vocatis in curiam legatis recitatum est senatusconsultum iussique nominare patronos, quattuor nominaverunt —. Cum M. Titinio (*sc. reo*) primum — (*sc. legati*) recuperatores sumpserunt. Das unentbehrliche Wort cum, welches Drakenborch ohne Bemerkung einer Variante giebt, fehlt in der Ausgabe von M. Hertz. Bemerkenswerth ist nominare patronos, dagegen sumere recuperatores von den Partheien, und dare vom Prätor. Vgl. oben § 26 Note 8. — Auch bei gewöhnlichen Privatklagen gab der Prätor peregrinus die Recuperatoren damals noch aus den Senatoren, und gewiß nicht ohne Mitwirkung der Partheien.

gen nach erhobener Klage aus Bürgern der ersten Censusclasse, ohne Zweifel durch Loos (sortitio), ein Geschwornen-Collegium von Fünfzig bildet, und eine Decuria derselben nebst Einem mehr, der ungeraden Zahl wegen, also Eilf, den Partheien präsentirt, aus welcher Jede höchstens vier verwerfen kann (reiectio), und die übrig Bleibenden, mindestens Drei, als Recuperatoren mit schleunigster Urtheilsfällung beauftragt werden[9]). Der leitende Gedanke ist dabei offenbar, aus einer zahlreichen Klasse dazu Befähigter in kürzester Frist eine kleine Zahl unpartheiischer Urtheiler zu ermitteln, ein Gedanke, der auch bei gewöhnlichen recuperatorischen Gerichten zutraf. Dieß Verfahren ging um dieselbe Zeit von der recuperatorischen Repetundenklage auf die dafür angeordnete quaestio perpetua (605 d. St.) und durch deren Vermittelung auf alle iudicia publica über, wo es jedoch durch die verschiedenen leges iudiciorum publicorum noch in verschiedener Weise modificirt wurde[10]).

In den Provinzen kamen bei Bildung der Schwurgerichte nach Maßgabe des Organisationsgesetzes (lex provinciae) und des Provinzialedicts noch sehr verschiedene Bestimmungen zur Anwendung. Doch ist für die älteste Provinz, Sicilien, das so eben beschriebene Verfahren mit Sortitio und Rejectio sowohl für die Judices[11]) als für die Recuperatoren[12]) aus-

9) *Lex. agr. a.* 643. *Corp. Inscr. lat.* I. 200. *p.* 81. XXXVI—XXXVIII. Quoi publicano ex hace lege pequnia debebitur *rel. Sei quid publicanus eius rei causa sibi deberi* darive oportere de*icat, de ea re consul prove con*sule praetor prove praetore, quo in ious adierint, in diebus decem proxsumeis qu*ibus de ea re in ious aditum erit .... recuperatores ex ci*vibus L, quei classis primae sient, XI dato; inde alternos du*mtaxat quaternos is quei petet et is unde petetur, quos volent, reiciant facito; .... quei eorum XI hominum tres pluresve supererunt, eos primo quoque die de ea re iudicare iubeto.* Vgl. Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. X. S. 76 folg. Mommsen, das. XV. S. 323 folg. Eigenthümlich ist diesem Gesetz die Beschränkung auf die erste Censusklasse.

10) Vgl. Rudorff cit. Note 1 und § 103.

11) *Cic. Verr.* II. 13. oben § 60 Note 24 und *ibid.* ex lege Rupilia sortitio nulla. *c.* 15. negavit se iudices e lege Rupilia sortiturum. *c.* 16. nulla reiectione, nulla sorte. *c.* 17. ait, se iudices e lege velle

drücklich bezeugt, also zugleich der Grundsatz, daß die Partheien zur Wahl der Geschwornen mitzuwirken haben, anerkannt.

Als August durch seine leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum die Schwurgerichtsverfassung überhaupt neu ordnete, mußte er auch die Bildung des Schwurgerichts für den einzelnen Fall regeln. Die große Rolle, welche das Auslosen der Geschwornen (sortitiones) dabei, insbesondere auch für Civilsachen spielte, beweist schon der Umstand, daß er dafür auf dem Forum Augustum eine eigene Lokalität einrichtete [13]). Für die recuperatorischen Schwurgerichte besitzen wir überdieß ein ausdrückliches Zeugniß, daß nach Vorschrift der lex Iulia iudiciorum privatorum die Rejectio von Seiten der Partheien, also auch die Sortitio von Seiten des Prätors, zu demselben Zweck wie früher, stattfand [14]). Aber auch für die

s o r t i r i. — Educit e x u r n a tres. iis, ut absentem Heraclium condemnent, imperat. Vgl. auch II. 13. *cit.* (3) quod privatus a populo petit — senatus ex aliqua civitate qui iudicet datur, cum alternae civitates r e i e c t a e sunt. Wie wurde die Dreizahl gebildet? (5) s e l e c t i iudices ex civium Romanorum conventu p r o p o n i solent. Ob aus diesen der einzelne Judex wie in Rom durch ferre und eiurare ermittelt wurde, oder durch sortitio und reiectio, wissen wir nicht.

12) *Cic. Verr.* III. 11. Quid Praetor? iubet recuperatores r e i c e r e. D e c u r i a s scribamus. Quas decurias? de cohorte mea, inquit, r e i c i e s. — Nam de conventu nullum unquam iudicem, nec recuperatorem dedit. iniquos decumanis aiebat omnes, qui ullam agri glebam possiderent. *c.* 13. — Si mehercule ex omni copia conventus Syracusani — faceres potestatem aratori, non modo r e i c i e n d i, sed etiam s u m e n d i recuperatores *rel.* *c.* 59. praeterea conventus honestus Syracusanus, multi equites Romani, viri primarii, ex qua copia r e i c i oporteret recuperatores. *c.* 60. cohortem tuam p r o p o n i s. Scandilius rem se totam relicturum dicit et suo tempore esse rediturum. — Quid ergo? Apronio permittis, ut quos velit de cohorte s u m a t recuperatores. Indignum, u n i potius ex iniquis s u m e n d i, quam u t r i s q u e ex aequis r e i c i e n d i fieri potestatem. Das Unrecht des Verres war ein doppeltes; 1) daß er statt einer Auswahl aus den Eingesessenen des Conventus seine Cohorte proponirt, 2) daß er nicht beiden Partheien das reicere, sondern einseitig dem Kläger das sumere gestattet.

13) *Sueton. Octav.* 29. s. oben § 79 Note 5. cautumque, ut separatim in eo (*sc. foro*) publica iudicia et sortitiones iudicum fierent.

14) *Edict. Aug. Venafr. Orelli-Henzen* 6428. Eum qui inter civis et peregrinos ius dicet

Ermittelung des Einzelgeschwornen aus der großen Zahl der in die Decurien Eingeschriebenen war dieses Verfahren unter Beobachtung eines bestimmten Turnus, schon um die Ueberlastung Einzelner zu verhüten, das einfachste und zweckmäßigste und deshalb gewöhnlichste [15]). Doch wurde daneben dem Kläger der freie Vorschlag (eligere), und natürlich dem Beklagten die Verwerfung gestattet, womit Jener indeß auf jeden spätern Einwand gegen die Unpartheilichkeit des Geschwornen verzichtete [16]). Als noch bedenklicher wird die Ueberlassung der Wahl an den Gegner bezeichnet [17]). Auch können die Partheien zum voraus über die Person des Geschwornen übereinkommen [18]).

iudicium reciperatorium in singulas res HS. X reddere, testibusque dumtaxat X denuntiandi [*potestatem*] facere placet, dum reciperatorum reiectio inter eum qui aget et eum quocum agetur ita fiet, *ut lege Iulia*, quae de iudiciis privatis lata est, licebit oportebit. Vgl. Mommsen cit. *Henzen h. l.* Rudorff cit. Note 1.

15) *Frontin. ed. Lachm. p.* 43, 21. *Agg. Urb. p.* 74, 22. setzen sortiri iudices dem arbitros conscribere (Schiedsrichter) schlechthin entgegen. Von dem gewöhnlichen Verfahren in Civilsachen, das auch in fiscalischen zugelassen werde, sagt *Plin. Panegyr.* 36. Sors et urna fisco iudicem adsignat: licet reicere, licet exclamare: Hunc nolo, timidus est et bona saeculi parum intelligit: illum volo, quia Caesarem fortiter amat. Diese Beweggründe für die Verwerfung des Einen, die Zulassung des andren, durchs Loos Berufenen, gehören nicht zum Wesen der Sache. Für reicere sagt *Dialog. de oratoribus c.* 5. recusare. S. Note 29.

16) *Plin. H. N. praef.*, indem er sein Werk dem K. Vespasian dedicirt, diesen gleichsam zum Richter über dasselbe erwählt: Praeterea est quaedam publica etiam eruditorum reiectio. Utitur ea et M. Tullius, extra omnem ingenii aleam positus: — quanto nos causatius ab aliquo iudice defendimus? Sed ego mihi haec patrocinia ademi nuncupatione: quoniam plurimum refert, sortiatur aliquis iudicem, an eligat. — Adeo summum quisque causae suae iudicem facit quemcunque, cum eligit: unde provocatio appellatur (?). Selbst Appellation gegen das Urtheil des erwählten Judex an den Magistrat scheint hiernach ausgeschlossen gewesen zu sein. Vgl. Note 18. Für eligere s. noch *Quintil.* in Note 17.

17) *Quintil.* V. 6, 6. Sed nobis adolescentibus seniores in agendo facti praecipere solebant, ne unquam iusiurandum deferremus, sicut neque optio iudicis adversario esset permittenda; nec ex advocatis partis adversae iudex eligendus.

18) *L. 80. D. de iud.* (5, 1). *Pomp.* — si ex conventione litigatorum is iudex addictus esset *rel. L. 57. D. de re iud.* (42, 1). *Ulp.* Et si forte

Die Mitwirkung Beider zur Wahl desselben wird überall vorausgesetzt [19]). Daß auf den Antrag Einer Parthei ein bestimmter Judex ernannt werde, hat noch Hadrian als einen die Gerechtigkeit verletzenden Vorgang bezeichnet [20]). Dieselben Grundsätze scheinen auch in den Provinzen bei Auswahl des Judex aus dem auf dem Conventus revidirten Album der Geschwornen zur Anwendung gekommen zu sein [21]). Vieles bleibt freilich ungewiß, weil von diesen Grundsätzen, wie sie die classischen Juristen in ihren Schriften vortrugen, nach Aufhebung der alten Geschwornenverfassung nur Weniges in Justinians Compilation aufgenommen werden konnte.

Bei der wirklichen Bestellung des Geschwornen (iudicis datio addictio) [22]), welche durch die Gerichtsobrigkeit geschieht [23]), kommt zwar weder die Gegenwart, noch die Wissenschaft des Erwählten in Betracht, weil er sich dieser öffentlichen Function (munus publicum) unterziehen muß [24]), wohl aber seine Fähigkeit oder Excusation in Bezug auf die vorliegende Sache. In ersterer Beziehung wäre es ein innerer Widerspruch, wollte der Prätor auch unter Zustimmung der Partheien sich selbst zum Judex bestellen, da er dem eigenen Imperium nicht unterworfen ist [25]), oder Eine der Partheien, da Niemand

ex consensu iudex minor datus sit scientibus his, qui in eum consentiebant, rectissime dicitur valere sententiam. Also auch die Nichtigkeitsbeschwerde ist in diesem Fall ausgeschlossen. *L. 23. pr. D. de app.* (49, 1). *Pap.* Ex consensu litigantium, citra compromissum, a Praeside provinciae iudice dato, victus potest provocare.

19) Daher iudicem sumere *L. 25. § 3. D. fam. erc.* (10, 2). *L. 21. pr. D. quod vi* (43, 24). *cf.* arbiter ex compromisso sumptus. *L. 81. D. de iud.* (5, 1). *Paul.* V. 5ª. § 1.

20) So verstehe ich *L. 47. D. de iud.* (5, 1). *Callistr.* Observandum est, ne is iudex detur, quem altera pars nominatim petat: id enim iniqui exempli esse d. Hadrianus rescripsit.

21) Vgl. oben § 67 Note 45 und *L. 23. pr. cit.* in Note 17.

22) *Lex Mamilia c.* 5. *L. 39. pr. L. 46. L. 80. D. de iud.* (5, 1). *L. 4. § 1. D. de eo quod certo loco* (13, 4). *L. 59. § 1. D. ad SC. Treb.* (36, 1) u. A.

23) S. oben § 71 Note 50. 51.

24) *L. 39. pr. de iud.* (5, 1). *Pap.* neque enim in addicendo praesentia vel scientia iudicis necessaria est. Vgl. oben § 71 Note 54.

25) *L. 4. D. de off. Praet.* (1,

in eigener Sache Richter sein kann [26]). Dagegen begründet die Verbindung mit Einer der Partheien durch väterliche Gewalt keine absolute Unfähigkeit, weil das Amt des Geschwornen ein öffentliches ist [27]). Als Verdachtsgrund der Partheilichkeit freilich konnte sie wie jede andere nähere Verbindung die Recusation veranlassen [28]). Andere Gründe absoluter Unfähigkeit kommen bei der Bestellung des Judex insofern in Betracht, als sie nach der Aufnahme in das Album der Geschwornen eingetreten oder vorübergehend waren; denn sonst mußten sie schon bei jener berücksichtigt werden [29]). Ebenso die gesetzlichen Excusationsgründe [30]), deren etliche auch ihrer Natur nach sich auf die vorliegende Sache beziehen [31]), die aber regelmäßig vor Uebernahme des Amtes vorgeschützt werden müssen [32]). Das Ernennungsdecret mit dem Namen des Judex oder der Recuperatoren wird in officieller Ausfertigung als Eingang der Formula den Partheien mitgetheilt [33]). Derselbe Name wird der zur Sicherung des Judiciums bestellten Stipulation eingerückt

14). *L. 5. D. de off. Praes.* (1, 18). *L. 4. D. de tut. et cur.* (26, 5). Ueberdieß konnte er ja, wenn die Partheien es wünschten, als Magistrat selbst cognosciren.

26) *L. 17. D. de iud.* (5, 1). *cf. L. 51. D. de receptis* (4, 8).

27) *L. 12. § 3. L. 77. L. 78. D. de iud.* (5, 1). *L. 6. D. de recept.* (4, 8). Vgl. oben § 30 Note 12.

28) Die Lex Cornelia de iniuriis schloß gewisse Verwandte ausdrücklich aus. *L. 5. pr. D. de iniur.* (47, 10)

29) *L. 12. § 2. L. 6. L. 39. pr. L. 46. D. de iud.* (5, 1).

30) Auf beides bezog sich wohl die Stelle des Edicts *L. 13. pr. D. de vacat.* (50, 5).

31) *Dial. de oratoribus c.* 5. — antequam me iudicem Aper recuset, faciam quod probi et modesti iudices solent, ut in iis cognitionibus se excusent, in quibus manifestum est, alteram apud eos partem gratia praevalere.

32) *L. 13. § 3. D. de vacat.* (50, 5). *cf. L. 76. D. de iud.* (5, 1).

33) *Cic. Verr.* II. 13. L. OCTAVIUS IUDEX ESTO. *Lex Rubria c.* 20. I. *v.* 23. 32. *Gai.* IV. § 34. iudex esto. § 46. Recuperatores sunto. *L. 80. D. de iud.* (5, 1). si in iudicis nomine, praenomine erratum sit *rel.* Wie es mit Ernennung des Judex gehalten wurde, wenn gegen den Legaten in Rom Lis contestirt, das Judicium aber in provinciam transferirt wurde, wissen wir nicht. *L. 28. § 4. D. de iud.* (5. 1). Keller, L. C. und Urtheil S. 48 folg. stellt darüber eine Vermuthung auf.

und die Wirksamkeit derselben hierdurch auf dieses Judicium beschränkt [34]).

Zufällig kann jedoch aus später eintretenden Unfähigkeits- oder Excusationsgründen, oder wenn das Bestellungsdecret unkräftig wird, die Bestellung eines andern Judex (mutatio iudicis), also auch eine Umschreibung der Formula (translatio iudicii) auf den neuen Judex (iudex subditus), nothwendig werden [35]). Dieser wird hierdurch an dieselbe Formula gebunden, und das Judicium bleibt daher insofern dasselbe [36]).

Wir setzten bisher den regelmäßigen Fall voraus, da Ein Judex und Eine Formula gegeben wird. Es kam aber häufig vor, daß derselbe Judex mehrere Formulae empfing, entweder in einer und derselben Sache, z. B. in dem complicirten Interdictsprozeß mit Sponsion [37]), oder um auf diese Weise mehrere zusammenhängende Sachen zur Entscheidung desselben Geschwornen zu bringen [38]). Dieser Fall, dem der Prätor eine eigene Stelle seines Edicts widmete [39]), gestaltet sich noch sehr mannichfaltig. Insbesondere kann der dabei vorausgesetzte Zusammenhang ein rein persönlicher, nur durch dieselben

34) *L. 3. pr. L. 20. D. iud. solvi* (46, 7).

35) *L. 32.* (Tod). *L. 17.* (Beerbung Einer der Partheien). *L. 18. pr.* (Verhinderung durch Reisen, Geschäfte). *L. 46.* (Krankheit). *L. 58. D. de iud.* (5, 1). Iudicium solvitur vetante eo, qui iudicare iusserat, vel etiam eo, qui maius imperium in eadem iurisdictione habet; vel etiam si ipse iudex eiusdem imperii esse coeperit, cuius erat qui iudicare iussit. *Gell.* XIV. 2, 25. (ius iurandum sibi non liquere. *cf. Festus* v. *subditus* und oben §71 Note 80.

36) *L. 60. L. 76. D. de iud.* (5, 1). Wegen der stipulatio iudicialis s. *L. 20. cit.* Note 34.

37) S. oben § 98.

38) Nur von diesem Fall spricht *Quintil.* III. 10, 1. Ceterum causa omnis — aut unius rei controversia constat, aut plurium. Haec simplex dicitur, illa coniuncta: — privata quoque iudicia saepe unum iudicem habere multis et diversis formulis solent. In den folgenden Worten: Nec tamen aliae species erunt *rel.* geht er unmittelbar auf Fälle des nächsten Zusammenhangs der mehreren Sachen über, worauf seine Thesis nicht beschränkt ist.

39) *Rubr.* de quibus rebus ad eundem iudicem eatur. *Dig.* 11, 2. Gründlich handeln hiervon in Verbindung mit dem heutigen Recht Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten §§ 8—19. Wetzell, Civilpr. § 63. Wir beschränken uns auf das römische.

Partheien vermittelter sein, oder ein sachlicher, der auch für verschiedene Personen stattfindet, und in dieser Beziehung ein näherer oder entfernterer; und die prozessualische Verbindung wird entweder nur durch die Person desselben Judex oder auch durch Eine Verhandlung, Ein Judicium in diesem Sinne, vielleicht selbst nach Einer Formula, bewirkt. Daß alsdann in allen Fällen eine Beschränkung der Wahl des Judex eintritt, auf welche eine Parthei vermöge ihres Interesses provociren, die aber auch der Prätor ex officio geltend machen kann und worüber er schließlich entscheidet, versteht sich nach seiner Stellung zur Sache von selbst [40]. Auch das ist allen gemeinsam, daß die Competenz des Magistrats für die mehreren Sachen vorausgesetzt wird [41].

A) Rein persönlich ist der Zusammenhang 1) mehrerer Klagen desselben Klägers gegen denselben Beklagten, 2) der Klage und Widerklage, mit welchen indeß in beiden Fällen ein sachlicher Zusammenhang coincidiren kann.

1) Von mehreren Klagen gegen denselben Beklagten (plures actiones cum eodem) [42] könnte der Kläger an sich jede selbständig oder eine nach der andern anhängig machen und für jede einen andern Judex erbitten. Die Vereinfachung der Prozesse im öffentlichen Interesse und die Erleichterung der Vertheidigung für den Beklagten veranlaßte indeß den Prätor zu der Bestimmung seines Edicts, wonach er nicht nur die Theilung Einer Klage in mehrere verbietet,

40) Der Prätor konnte im Edict die Fälle nicht alle aufführen, sondern sich nur die Macht vorbehalten, wo es ihm geeignet schien, denselben Judex zu bestellen; spätere Rechtsquellen gaben bestimmtere Vorschrift. S. Note 86. 93. Für unser heutiges Recht, wo die Stellung des Richters eine andere ist, behauptet Planck cit. §§ 13. 18. überall dessen freies Ermessen, was Wetzell cit. für gewisse Fälle bestreitet.

41) Wegen dieser zur Lehre vom Gerichtsstand gehörigen Frage s. Planck cit. §§ 10. 17. Wetzell, Civilpr. § 41 V. S. 359 folg. und § 63 S. 666.

42) *L. 11. D. de iurisd.* (2, 1). *Gai. ad edict. prov.* Si idem cum eodem pluribus actionibus agat *rel.* Er erörtert für diesen Fall die Competenz und bemerkt, daß sie für jede einzelne Klage zu bestimmen sei.

sondern auch die gleichzeitige Anbringung mehrerer Klagen gegen denselben Beklagten gebietet, damit für dieselben Ein Judex bestellt werden könne. Ein innerer Zusammenhang derselben wird dabei nicht nothwendig vorausgesetzt, aber dieser Fall durch die Vorschrift mit gedeckt. Wenn der Kläger dagegen verstößt, so wird er innerhalb derselben Prätur im ersten Fall mit der exceptio rei dividuae, im zweiten mit der exceptio rei residuae zurückgewiesen [43]). Daß der Judex für jede der mehreren Klagen durch eine besondere, derselben entsprechende Formula instruirt und jede unabhängig von der andern entschieden werden mußte, bedarf kaum der Bemerkung. Ob sie aber zur gemeinschaftlichen Verhandlung im Judicium zu bringen seien, hing von ihrem materiellen Verhältniß zu einander ab, und war dem Officium des Judex, dem die Prozeßleitung von jetzt an oblag, überlassen. Ebenso, ob er sie gleichzeitig, in Einem Ausspruch, oder nach einander entscheiden will [44]).

2) Die Klage und die Widerklage, d. h. eine gleichzeitig von dem Beklagten gegen den Kläger erhobene Klage (mutuae actiones), werden gleichfalls der Vereinfachung und Erleichterung wegen demselben Judex überwiesen, vorausgesetzt natürlich, daß der Magistrat für beide competent ist. Die Begünstigung dieser Verbindung zeigt sich aber darin, daß über gewisse Anstände in Bezug auf die Competenz leichter hinweggegangen wird, so daß z. B., wer sich in einer die Competenz des Municipalmagistrates übersteigenden Sache vor dem Provinzialstatthalter eingelassen hat, gleichzeitig die kleinere Widerklage

43) *Gai.* IV. § 121. Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus nocent, veluti *rel.* — cui similis exceptio est litis dividuae et rei residuae. nam si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summovetur, quae appellatur litis dividuae. item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices eant, si intra eiusdem praeturam de his, quae ita distulerit, agat, per hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summovetur. *cf.* § 56.

44) Planck cit. § 13. Die von ihm angeführten Stellen reden nur von verschiedenen Punkten (species) derselben Klage.

nicht vor Ersterem anbringen darf [45]); und der Gesandte (legatus), der in Rom klagt, für die Widerklage sein ius revocandi domum verliert [46]). Daß für die Klage und die Widerklage besondere Formulae gegeben werden, liegt in der Natur der Sache [47]). So auch, wenn beide in keinem innern Zusammenhang stehen. Um so mehr aber wird Ein Judex bestellt, wenn sie aus Einem Rechtsgeschäft entsprungen sind [48]), und zwar mit verschiedenen Formeln, actio empti und venditi u. s. w. oder actio directa und contraria [49]); vorausgesetzt daß der Beklagte jetzt klagen will; denn wenn er es unterläßt,

45) *L. 11. § 1. D. de iurisd.* (2, 1). *Gai. ad edict. prov.* (*cf.* Note 42). Sed et si mutuae sunt actiones, et alter minorem quantitatem, alter maiorem petat: apud eundem iudicem (= *magistratum*) agendum est ei, qui quantitatem minorem petit: ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem (*sc. magistratum sive iudicem*) litigare possim, nehmlich vermöge präsumtiver oder fingirter Prorogation, also Verzichts auf den Gerichtsstand vor dem Municipalmagistrat.

46) *L. 22. D. de iud.* (5, 1). *Paul.* Qui (*sc. legatus*) non cogitur in aliquo loco (*l.* Romae) iudicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones (*sc. mutuas*) et ad eundem iudicem mitti. *cf. L. 2. § 5. D. eod.* Auch dieß nicht willführlich, sondern nach Analogie der in Rom geschlossenen Contracte. Vgl. Planck cit. § 9 Note 3. Wetzell cit. § 42 Note 69.

47) Ausdrücklich bezeugt es *Senec. de benefic.* VI. 5. § 5. Illud enim video in foro fieri. quid in vestra schola iuris sit, vos (*optime Aebuti Liberalis*) sciatis. Separantur actiones, et de eo quod agimus, de eodem nobiscum agitur. Non confunditur formula si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit, et ego cum illo furti agam, et ille mecum depositi. *Quintilian.* III. 10, 4. s. Note 36. cui (*sc. mutuae accusationi s. ἀντικατηγορίᾳ*) similis erit petitionum invicem diversarum.

48) *L. 23. D. depositi* (16, 3) = *Coll.* X. 2. § 5. *Modestin.* Actione depositi servi conventus cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur: at is, cui servus commodatus est, improbe cibariorum exactionem intendit. *L. 18. pr. D. mandati* (17, 1). *Marcell.* — tutores eius (*sc. pupillae*) iudicem adversus Titium acceperunt et Titius de mutuis petitionibus. Papinian in *L. 14. C. I. de sent.* (7, 45). *cf. L. 1. § 15. D. de extr. cogn.* (50, 13). — Auch wenn zwei Besitzer derselben Erbschaft gegenseitig die hereditatis petitio anstellen, scheint Ein Judex gegeben zu werden. *L. 1. § 4. D. si pars her.* (5, 4).

49) *Seneca cit.* Note 45 de eodem scheint diesen Fall im Auge zu haben, obgleich die folgenden Beispiele den erstgenannten betreffen.

ist ihm die spätere Klage, weil nicht in Judicium deducirt, nicht verloren [50]). Wenn er sie aber zur gleichzeitigen Verhandlung vor denselben Judex bringt, so soll das Urtheil über beide, Klage und Widerklage, zugleich gefällt, keines Falls der Beklagte zur Zahlung genöthigt werden, ehe über seine Widerklage entschieden ist, so daß diese also nach der in diesen Verhältnissen waltenden Aequitas die Einrede der Compensation in sich schließt [51]), während in Ermangelung eines solchen Zusammenhangs der Klage und Widerklage die Reihenfolge der Anordnung des Judex ganz überlassen bleibt.

3) Bei den Theilungsklagen, wo die Widerklage nothwendig ist, und der actio pro socio, wo sie wenigstens in Einer Formula mit der Klage begriffen werden kann, coïncidiren zuweilen der erste und zweite Fall. Denn wenn zwischen denselben Partheien mehrere Societäten bestehen, so soll dafür Ein Judex bestellt und derselbe durch Eine Formula für Beide instruirt werden, weil dieß die Auseinandersetzung erleichtert [52]). Ebenso bei den Theilungsklagen, verschiedenartigen und gleichartigen, in letzterm Fall durch Eine dem Fall angepaßte Formula; ja der Prätor ging hier noch einen Schritt weiter und ordnete nicht nur für mehrere Gemeinschaften derselben Personen, sondern auch mit einer dritten Person Ein Judicium an [53]). Dieser

50) *L. 18. § 4. D. commodati* (13, 6).

51) *L. 1. § 4. D. quae sent. sine app.* (49, 8). *L. 6. C. I. de compens.* (4, 31) = *L. 1. C. I. rerum amotar.* (5, 21).

52) *L. 52. § 14. D. pro socio* (17, 2). *Ulp.* Si plures sint inter eosdem societates coïtae, ad omnes societates sufficere hoc unum iudicium constat. In der Demonstratio mußten natürlich diese mehreren Societäten irgendwie designirt werden.

53) *L. 1. D. de quib. reb. ad eundem iud.* (11, 2). *Pomp.* Si inter plures familiae erciscundae agetur, et inter eosdem communi dividundo aut finium regundorum, eundem iudicem sumendum. Praeterea, quo facilius coïre heredes vel socii possint, in eundem locum omnium praesentiam fieri oportet. Hier wurden natürlich verschiedene Formulae gegeben. *L. 25. § 3. D. fam. erc.* (10, 2). *Paul.* De pluribus hereditatibus, quae inter eosdem ex diversis causis communes sint, unum familiae erciscundae iudicium sumi potest. Nach Einer Formula, deren Demonstratio entsprechend, d. h. für die Titiana

letzte Fall gehört eigentlich schon in die folgende Kategorie und bezeichnet die äußerste Grenze derselben, weil die Verbindung der mehreren Sachen nicht sowohl auf ihrem inneren Zusammenhang, als auf ihrer Gleichartigkeit beruht.

B) Der sachliche Zusammenhang verschiedener Klagen mehrerer Kläger oder gegen mehrere Beklagten, oder beides zugleich, kann gleichfalls die Bestellung Eines Judex für Alle, mit Einer oder mehreren Formeln [54]), unter gewissen Voraussetzungen auch die Vereinigung der mehreren Personen zur Betreibung der gemeinschaftlichen Sache, die von den Neuern sg. Streitgenossenschaft (litis consortium), veranlassen [55]). Zur Vermeidung unfruchtbarer Abstractionen wollen wir die verschiedenen theils denkbaren theils in der classischen Juris-

und Seiana hereditas zu fassen war. Den letzten Fall endlich enthält § 4. Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Seiana, posse unum iudicium accipi inter tres, Pomponius scribit. Hier mußte nicht nur die Demonstratio beide Erbschaften befassen, sondern auch die adiudicatio und condemnatio auf den Titius mit gerichtet werden, so daß der Judex die Auseinandersetzung unter allen Dreien in freiester Weise bewirken konnte, ein Beispiel dafür, wie geschmeidig die Formeln sich jedem praktischen Bedürfniß anpassen ließen. Vgl. Planck cit. S. 135. Wetzell cit. S. 672 Note 28.

54) *Quintil. cit.* oben Note 38, nachdem er gesagt privata quoque iudicia saepe unum iudicem habere multis et diversis formulis solent, denkt nur an den letzten Fall, aber an den nächsten Zusammenhang der mehreren Sachen, wenn er in § 2. also fortfährt: Nec aliae species erunt, etiamsi unus a duobus duntaxat eandem rem, atque ex eadem causa petet; aut duo ab uno; aut plures a pluribus; quod accidere in hereditariis litibus interim scimus: quia, quamvis in multis personis, causa tamen una est, nisi si condicio personarum quaestiones variaverit. *Festus* v. *Contestari litem M. p.* 57. duo aut plures adversarii.

55) Den älteren Quellen ist nicht die Sache, aber der Ausdruck fremd. Ulpian sagt in *L. 31. § 1. D. de procur.* (3, 3). una lis plurium personarum. Papinian *L. 31. § 7. D. de neg. gestis* (3, 5). causa und lis communis. Gaius in *L. 11. § 2. D. de iurisd.* (2, 1). Si una actio communis sit plurium personarum u. s. w. Zuerst kommt er vor *Cod. Iust.* 3, 40. de consortibus eiusdem litis, entlehnt von den Constitutionen des *Cod. Theod.* 2, 5. *de dominio rei, quae poscitur vel consortibus ab eo cui denuntiatum fuerit postulandis,* die einen andern Sinn damit verbanden. Vgl. Planck cit. S. 138. Ueber die Sache überhaupt s. denselben §§ 16—19. Wetzell cit. S. 668—679.

prudenz wirklich vorkommenden Fälle nach Anleitung des Rechtssystems betrachten, woraus sich die allgemeinen Grundsätze, die auch die Grundlage unseres heutigen Rechts bilden, von selbst ergeben werden.

1) Im Sachenrecht kann von mehreren Miteigenthümern derselben Sache gegen den dritten Besitzer jeder Einzelne ganz unabhängig von den Andern mit der partis vindicatio auftreten, und dann sich durch die actio communi dividundo mit diesen auseinandersetzen [56]; doch können sie sich unbedenklich auch unter Vorbehalt dieser Auseinandersetzung zur gemeinschaftlichen Klage vor demselben Judex und nach Einer Formula: REM NOSTRAM ESSE verbinden [57]). Ebenso mehrere Mitbesitzer als Beklagte [58]). Bei der Theilbarkeit des Objects kann indeß der Erfolg des Prozesses für die Einzelnen, sowohl was die Restitution als was die Geldcondemnation betrifft, ein verschiedener sein; die Vereinigung ist also nur eine factische, hat keine rechtlichen Wirkungen für die Sache.

Anders wenn zwischen den Miteigenthümern zweier benachbarter Grundstücke ein Grenzstreit stattfindet. Denn weil in der actio finium regundorum, welche in diesem Fall die Stelle der Vindication vertritt, ein reelles, Allen gemeinschaftliches Stück Land den Gegenstand des Streites bildet, so können die mehreren Miteigenthümer nicht getrennt von einander klagen, sondern nur entweder vereint, oder Einer für Alle als deren negotiorum gestor; denn die Adjudication wird nicht ihm,

56) *L. 35. § 3. L. 3. § 2. L. 4. L. 5. pr. D. de rei vind.* (6, 1). *cf. L. 18. D. de except.* (44, 1).

57) Vgl. unten Note 95.

58) *L. 8. D. de rei vind.* (6, 1). Im Fall dieser Stelle behauptet der Kläger (ich) zur Hälfte Miteigenthümer eines Andern (du) an einem Grundstück zu sein, das dieser mit einem Dritten (L. Titius) zu gleichen ideellen Theilen besitzt. Der Jurist entscheidet, daß ich die ideelle Hälfte der ganzen Sache von diesem Dritten vindiciren müsse, nicht $^1/_4$ von Jedem, weil 1) die ideellen Theile einander nicht correspondiren und 2) der Kläger das Recht des Ersten gar nicht bestreitet. Behauptete er Eigenthümer der ganzen Sache zu sein, so hätte er die Wahl, ob er eine ideelle Hälfte von Jedem oder das Ganze von Beiden vindiciren und im zweiten Fall diese zum Litisconsortium nöthigen will.

sondern zu Gunsten des gemeinschaftlichen Grundstücks ertheilt, in beiden Fällen das Grundstück selbst, also auch der ideelle Theil eines Jeden vergrößert [59]). Der Erfolg des Prozesses ist hier allemal nur Einer für Alle.

Ebenso, wenn zwischen Miteigenthümern zweier benachbarten Grundstücke über eine Prädialservitut gestritten wird, weil auch diese dem herrschenden Grundstücke zusteht und das dienende Grundstück selbst belastet, und von jedem und gegen jeden der mehreren Streiteigenthümer ganz ausgeübt wird. Jeder Einzelne kann mit der actio confessoria und gegen einen Einzelnen in solidum klagen, und das Urtheil (pronuntiatio) wird zu Gunsten oder zu Lasten des Grundstücks gesprochen, wirkt also für und gegen Alle, auch wenn der Kläger keinen Auftrag hatte, weil er formell kraft eignen Rechts die ganze Sache in iudicium deducirt. Auch die Restitution erfolgt in solidum: nur die litis aestimatio ist theilbar, und wird dem Einzelnen und von dem Einzelnen nach dem Maaß seines Interesses gezahlt [60]). Ist der Prozeß durch Schuld des Klagenden verloren worden, so ist dieser den Andern verantwortlich; auch können letztere wohl in integrum restituirt werden [61]). Andrerseits kann er als negotiorum gestor den Ersatz der in der gemeinschaftlichen Sache gemachten Auslagen fordern [62]). Alles dieß wird vermieden, wenn sie Alle gemeinschaftlich klagen [63]), ein Fall, der

59) *L. 4. § 5. D. fin. reg.* (10, 1) *Paul.* Si alter fundus duorum, alter trium sit, potest iudex uni parti adiudicare locum, de quo quaeritur, licet plures dominos habeat: quoniam magis fundo, quam personis adiudicari fines intelleguntur. hic autem cum fit adiudicatio pluribus, unus quisque portionem habebit, quam in fundo habet, et pro indiviso. In der zweiten Hälfte setzt Paulus offenbar voraus, vielleicht sagte er es selbst im unverkürzten Text, daß die mehreren Miteigenthümer geklagt haben.

60) *L. 4. §§ 3. 4. L. 6. § 4. cf. §§ 2. 3. D. si serv.* (8, 5). Cautio de rato war überflüssig, weil der Einzelne die ganze Sache in iudicium deducirt; iudicatum solvi mußte natürlich geleistet werden. Für das spätere Recht vgl. *L. 2. C. I. de cons. ei. lit.* (3, 40).

61) *L. 19. D. si serv.* (5, 5).

62) *L. 31. § 7. D. de neg. gest.* (3, 5).

63) Die Formel der actio con-

als das Natürliche nicht einmal erwähnt wird. Neben einander mit selbständigen Klagen können die Einzelnen aber nicht auftreten, wegen der Untheilbarkeit des Objects; müssen sich auch im Lauf des Prozesses zu gemeinschaftlichen Maaßregeln vereinigen, damit der Ausgang Einer sei.

2) Im Obligationenrecht kommen wesentlich dieselben Grundsätze zur Anwendung.

Das Schuldverhältniß ist seiner Natur nach, weil schließlich auf Geldzahlungen hinauslaufend, ein theilbares Rechtsverhältniß; ja es bedarf nicht einmal, wenn es sich auf Mehrere bezieht, einer reellen Theilung oder Auseinandersetzung; sondern Jeder der mehreren Berechtigten kann seinen Antheil an der gemeinsamen Forderung einfordern, also auch einklagen, von Jedem der mehreren Verpflichteten kann sein Antheil eingefordert, eingeklagt werden. Es gilt dieß sowohl wenn das Schuldverhältniß ursprünglich für Mehrere entstanden ist, sei es durch Vertrag [64]) oder durch Delict [65]), als wenn es auf mehrere Erben übergeht, wo es unter diese ipso iure getheilt ist [66]). Durch die Klage eines Einzelnen oder gegen einen Einzelnen wird also nur dessen Theilforderung oder Theilschuld in iudicium deducirt, ohne Präjudiz für die Andern [67]). Die mehreren Gläubiger können sich aber auch unbedenklich zur gemeinschaftlichen Verfolgung ihrer Ansprüche verbinden, die mehreren Schuldner zusammen belangen, wo Ein Judex, vielleicht auch Eine Formula für alle gegeben und Ein Urtheil gefällt wurde [68]).

fessoria konnte lauten: SI PARET LUCIO ET TITIO IUS ESSE EUNDI AGENDI PER FUNDUM CORNELIANUM: NEQUE GAIUS ET SEIUS LUCIO ET TITIO ARBITRATU TUO RESTITUENT: QUANTI EA RES ERIT, GAIUM ET SEIUM LUCIO ET TITIO CONDEMNA, S. N. P. A.

64) *L. 11. §§ 1. 2. D. de duob. reis* (45, 2). *L. 44. § 1. D. de aed. ed.* (21, 1). *L. 4. pr. D. de exerc. act.* (14, 1).

65) *L. 19. L. 20. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). Vgl. Note 69.

66) *L. 6. C. l. fam. erc.* (3, 36). *L. 25. § 13. D. eod.* (10, 2).

67) *L. 31. D. de iud.* (5, 1). *L. 63. D. de re iud.* (42, 1). *L. 22. D. de exc. rei iud.* (44. 2). *L. 36. D. de solut.* (46, 3).

68) Es war kein Hinderniß, die condictio certae pecuniae so zu fassen: SI PARET GAIUM ET SEIUM LUCIO ET TITIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE: IUDEX GAIUM ET SEIUM LUCIO ET TITIO

Doch ist mit Rücksicht auf das verschiedene Recht oder die verschiedenen Maaßregeln der Einzelnen ein verschiedener Erfolg für sie möglich [69]); die Vereinigung ist also auch hier nur eine factische, und überhaupt von Seiten des Klägers willkührlich. Nur in zwei Ausnahmefällen wird die Verbindung zur einheitlichen Prozeßführung durch Einen Procurator von Gerichtswegen erzwungen: a) wenn die Sache während des Prozesses auf mehrere Erben übergeht, um die Lage des Gegners nicht zu verschlimmern [70]); b) wenn durch den verschiedenen Ausgang des Prozesses der Gegner wider seinen Willen in eine Eigenthumsgemeinschaft versetzt würde [71]).

Wie aber, wenn das ursprüngliche Object der Obligation an sich untheilbar ist, z. B. das Geben einer Prädialservitut oder ein Thun oder Unterlassen? Auch hier kann Jeder der mehreren Gläubiger die Klage, die in ihrer Intentio auf eben dieß Object geht, in solidum, oder Alle können sie gemeinsam anstellen, weil es wahr ist, daß das untheilbare Object Einem und daß es Allen geschuldet werde. Es ist dieß aber nur Folge der Untheilbarkeit des ursprünglichen Objects der Schuld; daher die Condemnation zum Geldinteresse für Jeden im Verhältniß seines Antheils erfolgt [72]).

SEST. X MILIA CONDEMNA, wo dann die Condemnation Theilforderungen erzeugte. Ob die Formel auf die Quoten Rücksicht nahm, etwa pro parte hereditaria, lasse ich dahin gestellt.

69) Vgl. *Quintil.* in Note 54. nisi si condicio personarum quaestiones variaverit. *cf. L. 2. C. I. si unus ex plur. app.* (7, 68). si aetatis auxilio unus restitutionem impetraverit. Q. Roscius klagte mit C. Fannius gegen den Tarquinienser Q. Flavius wegen Tödtung ihres gemeinschaftlichen Sklaven Panurgus mit der actio legis Aquiliae; nahm dann aber vergleichsweise auf seinen Antheil ein Grundstück von Flavius an, während C. Fannius den Prozeß fortsetzte. Daß dieser von Anfang an zum Cognitor bestellt war, macht keinen Unterschied. *Cic. pro Rosc. com.* 11. 12. 17. 18.

70) S. oben § 100 Note 193 das Nähere.

71) *L. 31. § 5. D. de aed. ed.* (21, 1). *cf. §§ 7. 8. L. 44. § 1. eod. L. 84. § 13. D. de leg.* 1. (30). Planck cit. S. 121 folg., der dieß bestreitet, übersieht die Worte dareque unum procuratorem und behauptet willführlich Interpolation.

72) *L. 2. §§ 1—6. L. 72. pr. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 25. §§ 9—11. D. fam. erc.* (10, 2). *L.*

Anders bei der Obligation auf ein an sich theilbares Object, welche bei ihrer Begründung als objectiv Eine mit subjectiver Beziehung auf mehrere Berechtigte oder mehrere Verpflichtete (plures rei credendi oder debendi) gedacht wurde, der activen oder passiven Correalobligation [73]). Die practische Folge dieser in dem Schuldverhältniß verwirklichten Vorstellung ist, daß dasselbe durch Erfüllung Eines Schuldners oder an Einen Gläubiger und ebenso durch jede andere dessen objectiven Bestand treffende Thatsache, sollte sie sich auch nur in Einer Person ereignen, zerstört wird; während derselbe unberührt bleibt, wenn nur die subjective Beziehung auf den Einen oder Andern wegfällt [74]). Zu den Thatsachen der erstern Art gehört nun auch die Klage. Einer der mehreren Gläubiger (rei credendi) kann auf das Ganze klagen, deducirt die Obligation,

17. D. de serv. (8, 1). *L. 11. § 24. D. de leg.* 3. (32). *L. 80. § 1. D. ad leg. Falcid.* (35, 2). Die weitere uns hier nicht interessirende Folge davon ist, daß Einer, was er über seinen Antheil gezahlt hat, von den Andern wieder fordern kann. Die Meinung des Tubero in *L. 72. pr. cit.* gründete sich auf den im Text bezeichneten Unterschied, und würde im ursprünglichen Zusammenhang wohl weniger irrational erscheinen. Vgl. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 359 folg.

73) Daß dieß die Vorstellung der Römer war, scheinen mir Keller, L. C. und Urtheil S. 443 folg. und Ribbentropp, Correalobligationen § 5 bewiesen zu haben, woneben der rechtsphilosophische Zweifel wohl besteht, ob, da die Obligation wesentlich eine Beziehung der Willen zweier Personen ist, jene Vorstellung als Begriff vollziehbar sei. Die Römer objectivirten eben alle Rechte, auch das subjectivste, die Schuldforderung, als durch Geldzahlung von der Person ablösbar, und so war jene Vorstellung eine durchaus natürliche. Vgl. Böcking, Institutionen S. 128 folg. Bekkers (Consumtion S. 225 folg.) Vorstellung dagegen, wonach das Correalverhältniß materiell Eine Obligation sein soll mit mehreren Klagen, aber de eadem re, so daß die Eine durch Anstellung der andern consumirt wird, vermag ich in Gedanken nicht zu vollziehen. — Die einzelnen Fälle s. bei Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 § 17 und die practische Bedeutung des ganzen Instituts in § 22.

74) Auch diesen Unterschied hat Keller cit. S. 446 folg. wohl zuerst hervorgehoben und in seinen Anwendungen nachgewiesen. Savigny cit. S. 162 Note g giebt ihn nur als „formellen Grundsatz", d. h. als Beschreibung zu; mir scheint darin eine Entwicklung des Grundgedankens, also eine Erklärung und ein Normativ zu liegen. Rücksichtlich der Begründung ist indeß Ribbentropp cit. zu vergleichen.

die nur Eine ist, in iudicium und consumirt sie auch für die Uebrigen; ebenso werden durch die Litiscontestation Eines der mehreren Schuldner (rei debendi) die Uebrigen liberirt [75]). Ja es entsteht die Frage, ob dieß nicht selbst die einzig mögliche Art ist, die Correalobligation als solche zum Gegenstand gerichtlicher Verhandlung und Entscheidung zu machen? Denn durch selbständige Klagen neben einander können die mehreren Gläubiger keines Falls klagen, die mehreren Schuldner nicht belangt werden; dieß wäre eine Vervielfältigung des Einen Schuldverhältnisses; für die gemeinschaftliche Klage aber entsteht die Schwierigkeit einer entsprechenden Formula. Für einen Hauptfall, die condictio certae pecuniae, wenigstens gab es eine solche gewiß nicht; denn die Intentio: SI PARET TITIO ET SEIO oder GAIUM ET SEMPRONIUM SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE würde eine Theilung der Forderung begründen, die freilich auch sonst möglich [76]), und für die Klage gegen mehrere Bürgen selbst vorgeschrieben war [77]); die Formel: TITIO AUT SEIO oder GAIUM ET SEMPRONIUM aber entspräche als incerta dem Sachverhältniß nicht [78]). Für die active Correalobligation entstand daraus auch kein practischer Uebelstand. Denn ihr Zweck war ja regelmäßig die Klage durch jeden Einzelnen, z. B. auch den Adstipulator, möglich zu machen [79]). Für die passive Correalobligation aber, insbesondere das Verhältniß des Hauptschuldners zu den Bürgen, mußte allerdings die Gefahr der Consumtion den Gläubiger veranlassen, lieber gleich die Bürgen

75) *L. 2. L. 16. D. de duob. reis* (45, 2). *L. 116. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 5. fin. D. de fideiuss.* (46, 1). *L. 31. § 1. D. de novat.* (46, 2). *L. 28. C. I. de fideiuss.* (8, 41). *Cic. ad Att.* XVI. 15. *Paul.* II. 17. § 16. Für die Liberation per exceptionem rei in iudicium deductae s. *L. 60. D. de fideiuss.* (46, 1). *L. 21. § 1. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *L. 42. § 3. D. de iureiur.* (12, 2).

76) *L. 11. pr. D. de duob. reis* (45, 2).

77) Für Sponsoren und Fidepromissoren schon im alten Recht durch die Lex Furia und Appuleia ipso iure; für Fidejussoren durch die epistola D. Hadriani durch Einrede. *Gai.* III. §§ 121. 121. IV. § 22.

78) *L. 75. § 6. D. de verb. obl.* (45, 1). *cf. Gai.* III. § 116.

79) Vgl. Puchta, Instit. § 264. III. S. 42. Savigny cit. § 22.

anzugreifen, als sich mit dem vielleicht insolventen Hauptschuldner einzulassen und damit seine Sicherheit zu verlieren. Eben dieß veranlaßte denn auch im Interesse beider Theile die Erfindung der Form der Bürgschaft: QUANTO MINUS AB ILLO CONSECUTUS SIS, welche den Gläubiger nöthigt, den Hauptschuldner zuerst auszuklagen, und zugleich der Consumtion seiner Klage gegen die Bürgen vorbeugt[80]). Die Formel der actiones incertae dagegen scheint eine gleichzeitige Klage gegen den Hauptschuldner und gegen die mehreren Bürgen vor Einem Judex, ohne Zweifel nach Einer Formel, möglich gemacht zu haben, ohne daß dadurch die Correalschuld ipso iure in eine Theilschuld verwandelt worden wäre[81]); wobei es jedoch dahin steht, wie, ob etwa durch eine Präscriptio, die Consumtion durch die allgemeine Intentio QUIDQUID DARE FACERE OPORTET verhütet wurde[82]).

Die freieste Wahl zwischen diesen verschiedenen Wegen findet in den Fällen eines „unächten Correalverhältnisses" oder der „solidarischen Verbindlichkeit" statt[83]), wo zwar Mehrere Dasselbe schulden, auch die Zahlung des Einen Alle liberirt, aber die Obligatio nicht ihrem objectiven Bestande nach Eine ist. Der Gläubiger kann 1) zwar gegen Einen auf das Ganze klagen, consumirt aber dadurch seine Klage gegen die Andern nicht, kann also 2) successiv, was er von Jenem nicht erhielt, von diesen nachfordern; endlich 3) auch gegen Alle zugleich vor Einem Judex und mit Einer Formula klagen, diese also zur gemeinschaftlichen Vertheidigung nöthigen. So 1) bei der Schadensklage gegen mehrere socii delicti[84]),

80) *L. 150. D. de verb. sign.* (50, 16). *L. 116. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 21. D. de solut.* (46,3). *cf. L. 42. pr. D. de reb. cred.* (12, 1). *L. 7. D. de fidei. tut.* (27,7). *L. 28. C. I. de fidei.* (8, 41).

81) *L. 6. D. de fidei. tut.* (27, 7). *L. 12. D. rem pupilli salvam fore* (46, 6). Andre Stellen *L. 28. pr. D. de appell.* (49, 1). *L. 51. § 4. L. 52. § 1. D. de fideiuss.* (46, 1) entscheiden über die im Text erörterte Frage nicht.

82) Vgl. überhaupt Keller cit. § 66. Ribbentropp cit. S. 260 Note 1.

83) Ribbentropp cit. §§ 9 folg. 28, der ihre Eigenthümlichkeit zuerst hervorgehoben, gebraucht dafür den zweiten, Savigny cit. § 20 den ersten Ausdruck.

84) *L. 3. D. de his qui effud.* (9, 3). in solidum. Sed si cum

2) wenn dieselbe Sache Mehreren deponirt, unentgeltlich geliehen oder vermiethet ist[85]), 3) gegen mehrere Vormünder[86]), 4) gegen mehrere Mandatoren[87]). Nur gegen mehrere Vormünder soll nach Vorschrift kaiserlicher Constitutionen nicht separat, sondern auf Verlangen auch nur Eines desselben, d. h. auf Grund der von diesem vorgeschützten dilatorischen Einrede, gegen Alle vor demselben Judex und nach Einer Formula geklagt und untersucht werden, in wieweit Jeder verhaftet sei[88]). Denn überall kann bei gemeinschaftlicher Vertheidigung der Erfolg für die Einzelnen, deren rechtliche Lage oder deren Verhalten im Prozeß verschieden ist, ein verschiedener sein[89]). Werden sie gemeinschaftlich condemnirt, so haften sie aus dem Judicat nach dem allgemeinen Grundsatz theilbarer Schuldverhältnisse zu Kopf-

uno fuerit actum, ceteri liberabuntur. *L. 4. eod.* Perceptione, non litis contestatione. *L. 7. § 4. D. quod falso tut.* (27, 6). perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione. Die Möglichkeit gemeinschaftlicher Belangung wird vorausgesetzt.

85) *L. 1. § 23. D. depositi* (16, 3). *Ulp.* nec liberabitur alter, si cum altero agatur: non enim electione, sed solutione liberantur. *L. 5. § 15. D. commodati* (13, 6). *Ulp.* et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere. Quare duo quodammodo rei habebuntur: et si alter conventus praestiterit, liberabit alterum.

86) *L. 18. § 1. D. de adm. tut.* (26, 7). *Iulian.* Ex duobus tutoribus, si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur. *L. 15. D. de tutelae act.* (27, 5). *L. 1. § 43. cit.* exemplo duorum tutorum. *L. 3. C. I. de div. tut.* (5, 52).

87) *L. 59. § 3. D. mandati* (17, 1). *Paul.* — unum ex mandatoribus in solidum eligi posse. *L. 52. § 3. D. de fideiuss.* (46, 1). *Papin.* Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur: sed omnes liberantur pecunia soluta.

88) *L. 2. D. de quib. reb. ad eund. iud.* (11, 2). *Pap.* Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sint idonei, conveniatur, postulante eo omnes ad eundem iudicem mittuntur: et hoc rescriptis Principum continetur. *L. 5. C. I. arbitrium tut.* (5, 5). *Gordian.* Omnes tutores seu heredes eorum, qui administraverunt tutelam, ad eundem iudicem ire debere, iam pridem constitutum est —. Praeses provinciae eundem iudicem — dare debebit, quatenus quisque condemnari debeat examinaturum. Erst im Judicium stellte es sich regelmäßig heraus, in wie weit jeder hafte.

89) *L. 5. C. I. cit. cf. L. 12. D. rem pupilli* (46, 6). *L. 2. C. I. de div. tut.* (5, 52). *L. 44. pr. D. de iud.* (5, 1). *Pap.* Non idcirco iudicis officium impeditur, quod quidam ex tutori-

theilen, außer wenn das Urtheil sie ausdrücklich in solidum condemnirte [90]).

3) Im Erbrecht verhält es sich mit der hereditatis petitio wie mit der rei vindicatio. Einer von mehreren Erben kann seinen ideellen Antheil an der Erbschaft durchaus selbständig verfolgen [91]). Doch steht nichts entgegen, daß sie sich auch zur gemeinschaftlichen Klage gegen einen Dritten oder gegen mehrere dritte Besitzer von Erbschaftssachen verbinden, wo dann Ein Judex mit Einer oder mit mehreren Formeln bestellt wird [92]). Insbesondere kam es häufig vor, daß Ein Pflichttheilsberechtigter mit der querela inofficiosi gegen die mehreren Testamentserben vor dem Centumviralgericht auftrat, wo dann, um die Einheit der Sache zu wahren, das Plaidoyer vor dem Plenum stattfand, das Urtheil aber mit Rücksicht auf das verschiedene Recht der Einzelnen von den verschiedenen Sectionen gesprochen wurde [93]). Ebenso ohne Zweifel auch bei mehreren Pflichttheilsberechtigten [94]).

4) Das Personen- und Familienrecht betreffen die Statusklagen, die, weil sie untheilbare Rechte zum Gegenstand haben, häufig, um widersprechende und unmögliche Urtheile

bus post litem adversus omnes inchoatam rei publicae causa abesse coeperint: cum praesentium et eorum, qui non defenduntur, administratio discerni et aestimari possit. Planck cit. S. 116 meint, daß unter Voraussetzung des im Text behaupteten Satzes diese Stellen sich widersprechen und leugnet denselben. In Beidem kann ich ihm nicht beitreten. Vgl. Wetzell cit. S. 674.

90) *L. 59. § 3. cit.* Note 87. post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessario ex causa iudicati singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere. *L. 10. § 3. D. de appell.* (49, 1). *Cod. Iust.* 7, 55. *si plures una sententia condemnati sunt.*

91) *Dig.* 5, 4. si pars hereditatis petatur.

92) *Quintil. cit.* Note 54. quod accidere in hereditariis litibus interim scimus, denkt an den letzten Fall. Warum sollten aber die mehreren Erben nicht mit Einer Formula klagen können: HEREDITATEM NOSTRAM ESSE?

93) S. oben § 64 Note 15. 16. Diesen Fall scheint Quintilian vorzugsweise im Auge zu haben: causa tamen una est, nisi si condicio personarum quaestiones variaverit.

94) *Quintilian. cit.* unus a duobus aut duo ab uno, aut plures a pluribus.

zu verhüten, die Bestellung Eines Judex veranlassen. So insbesondere, wenn mehrere Miteigenthümer oder der Proprietar und der Usufructuar denselben Menschen in servitutem vindiciren [95]). Weil das dingliche Recht nur den Legitimationspunkt bildet, die eigentlich zu entscheidende Frage die ist, ob dieser Mensch Sklave oder frei sei, so zweifle ich nicht, daß die Mehreren auch mit Einer Formula: SI PARET SERVUM NOSTRUM ESSE, klagten, und daß der Judex Ein Urtheil erließ, entweder: SERVUM EORUM ESSE oder: LIBERUM VIDERI. Möglich war jedoch auch die getrennte Klage und die Jurisprudenz fand Mittel und Wege, die widersprechenden Urtheile dennoch auszugleichen [96]). — Nicht auf der Einheit der Klage, sondern nur auf dem sachlichen Zusammenhang der verschiedenen Klagen beruht es, daß auch für die Mutter und ihr Kind, die beide ihre Freiheit geltend machen, Ein Judex bestellt, oder wenn sie verschiedene Judices haben, die Sache der Mutter als präjudiciell zuerst entschieden werden soll [97]).

Ueberall wird also, damit die Vorschrift des Edicts: ut ad eundem iudicem eatur, zur Anwendung komme, ein innerer Zusammenhang der mehreren Sachen vorausgesetzt, der ein näherer, bis zur Einheit der Klage und Formula, oder entfernterer sein kann. Regelmäßig ist die Verbindung der mehreren Kläger oder der mehreren Beklagten zur gleichzeitigen und gemeinschaftlichen Betreibung ihrer Sache willkührlich und hängt vom Kläger, der auch in dieser Beziehung die Initiative hat, ab; nur ausnahmsweise kann sie vom Beklagten oder im öffentlicher Interesse vom Prätor verlangt werden, der allemal darüber entscheidet. Die streng einheitliche Prozeßführung, wo sie

95) *L. 8. §§ 1. 2. L. 9. pr. § 1. D. de lib. causa* (40, 12). Das Senatusconsult, welches dieß befahl, bestätigte damit ohne Zweifel nur den Gerichtsgebrauch des Prätors, dessen Edict also diesen Fall nicht ausdrücklich erwähnte.

96) *L. 9. § 2. L. 30. D. eod.*

97) *L. 23. § 2. D. eod. Paul.* — aut coniungenda sunt utrorumque iudicia, aut differenda est causa filii, donec de matre constet.

erzwungen wird, macht die Bestellung Eines Procurators nothwendig [98]).

Um die Untersuchung zu erleichtern und widersprechende Urtheile zu verhüten, welche durch die Geschwornenverfassung so leicht veranlaßt waren, pflegte der Prätor übrigens auch für mehrere nach einander bei ihm anhängig gemachte Sachen um ihres innern Zusammenhangs willen Denselben zum Judex zu bestellen [99]), auch der Kläger dieß zu beantragen [100]).

---

5. Litis Contestatio.

a. Wesen derselben.

§ 102. Die Instruction des Rechtsstreits, deren in der Formula zusammengefaßte Hauptstücke, den Gegenstand, die Partheien, den Judex, wir bisher betrachteten, fand ihren Abschluß in dem, was die Römer auch in dieser Periode litis contestatio nennen. Unsere nächste Aufgabe ist, das Wesen derselben zu bestimmen [1]).

So viel ist nach dem übereinstimmenden Sprachgebrauch der Quellen unbestritten, daß die Römer darunter eine prozessualische Handlung der Partheien verstehen, und zwar vorzugsweise vom Kläger litem contestari sagen, vom Beklagten meist den sachlich entsprechenden Ausdruck iudicium accipere

98) Note 70 und 71. In allen andern Fällen können die Streitgenossen auch mehrere Procuratoren bestellen. *L. 31. § 1. D. de procur.* (3, 3). *L. 2. C. I. si plures una sent.* (7, 55).

99) So war C. Piso in der Sache des Qu. Roscius mit C. Fannius früher Arbiter, jetzt Judex. *Cic. pro Rosc. com.* 4. *pro Flacco* 21. haberet eosdem recuperatores. Ebenso in Criminalsachen Planck cit. S. 81 Note 1.

100) *L. 2. C. I. de iud.* (3, 1). *Sev. et Ant.* — si rursus eundem iudicem petieris.

1) Die älteren Schriftsteller sind durch Keller, L. C. und Urtheil 1827 §§ 1—6. vgl. Civilpr. § 59 entbehrlich geworden. Von späteren vgl. Zimmern, Rechtsg. III. §§ 118. 119. Meine Recension in Schrader's krit. Zeitschr. V. S. 69—77. Puchta, Instit. § 172. III. S. 188 folg. Savigny, System § 257. VI. S. 8 folg. Rudorff, Rechtsg. II. § 71.

gebrauchen [2]); doch bezeichnet beides auch die zweiseitige Handlung Beider [3]), also dieses auch den Antheil des Klägers [4]) und jenes auch den des Beklagten [5]), und kommt ebenso häufig auf die Sache bezogen als Passivum vor [6]).

Auch darüber ist man von jeher einig gewesen, daß diese zweiseitige Handlung der Partheien den Grenzpunkt der Instruction in iure, also der vorbereitenden Thätigkeit des Prätors und der Verhandlung vor dem Geschwornen, also dem eigentlichen Judicium, bilde; und der früher lebhaft geführte Streit, ob sie noch auf jene Seite oder schon auf diese falle, kann nach neueren Untersuchungen als erledigt betrachtet werden: nach der mit gutem Grund jetzt allgemein angenommenen Ansicht gehört die Litiscontestation noch zur Instruction vor dem Prätor und bezeichnet deren Vollendung [7]).

Daß sie ferner in einer Zeugenaufrufung, nachdem das Judicium durch den Prätor angeordnet war, bestanden habe, bezeugt Festus, der die Erklärung juristischer Worte aus den Schriften der Fachmänner, namentlich dem Rechtswörterbuch des C. Aelius Gallus (p. 747 u. c.) zu schöpfen pflegt, ausdrücklich [8]); und daß diese Zeugenaufrufung sich auf die ge-

2) Für diese und ähnliche Ausdrücke als actionem, iudicium contestari, und iudicium, actionem, litem accipere oder suscipere s. die Stellen bei Keller cit. § 6.

3) *Festus* Note 7. *Lex Rubr.* Note 5. *Gai.* IV. §§ 104. 105. 109.

4) *L. 39. § 3. D. de nox. act.* (9, 4). *L. 21. § 2. D. de aed. ed.* (21, 1). *cf. L. 30. pr. eod.*

5) *Cic. ad Att.* XVI. 15. *L. 32. § 9. D. de receptis arb.* (4, 8).

6) *Lex Rubr. c.* 20. *vers.* 48. nisi iei, quos inter id iudicium accipietur leisve contestabitur. *Festus* v. *reus M. p.* 273. At Gallus Aelius lib. II significationum verborum quae ad ius pertinent, ait: Reus nunc dicitur, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est. *Priscian.* 8, 4. *p.* 791. *Putsch.* P. Aufidius: Si quis alio vocitatur nomine tum cum lis contestatur atque olim vocitabatur: contestatur passive posuit. Vgl. Savigny cit. S. 13.

7) Vgl. Keller cit. §§ 3—5, dem alle Neueren folgen.

8) *Festus epit.* (*M. p.* 38.) *v. Contestari* est, cum uterque reus dicit: TESTES ESTOTE. *p.* 57. *v. Contestari litem* dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: TESTES ESTOTE. *cf. v. Reus* in Note 6.

sammte Instructionsverhandlung, die vor den angerufenen Zeugen stattfand, und nicht auf einen besonderen, dieselbe bekräftigenden Act bezogen habe, wird dadurch mindestens sehr wahrscheinlich, daß weder die Stelle des Festus, noch irgend eine andere Quelle eine Andeutung von einem solchen Act enthält [9]).

Ist dieß richtig, so kann der Zweck jener Zeugenanrufung kein anderer gewesen sein, als den Beweis der gesammten Instructionsverhandlung für das Judicium, dessen Gang und Erfolg davon abhing, zu sichern. Das Bedürfniß dieser Sicherung ist in Bezug auf das ganz mündliche Verfahren per legis actionem nicht zu verkennen, welchem wir deshalb früher den Ursprung dieser Sitte vindicirten [10]). Im Formularprozeß dagegen war dieser Beweis noch leichter und vollständiger durch die Formula als schriftliche Urkunde gesichert. Doch mag die Zeugenaufrufung auch nach der Lex Aebutia nicht bloß in den Ausnahmefällen, wo per legis actionem verfahren wurde, sondern, da sie keinen Theil der Legis Actio selbst bildete, auch am Schluß der Instruction per formulam eine Zeit lang fortgedauert haben [11]), während sie in der Zeit der classischen Juristen als nutzlos gewiß außer Gebrauch gekommen war.

Wenn demnach in deren Schriften in den mannichfaltigsten Beziehungen von litem contestari als einer Partheihandlung und von lis contestata als einem Punkt des Prozesses, woran sich bestimmte Wirkungen knüpfen, die Rede ist, so erklärt

9) Diese Ansicht Kellers cit. § 1 glaubte ich früher a. a. O. S. 73 folg. bekämpfen zu müssen, erkenne aber jetzt meine Zweifelsgründe als hinfällig. Es giebt keine Stelle, die sich nach jener Ansicht nicht befriedigend erklären ließe. Vgl. Note 14. 13, zur Sache Note 15. Anders Puchta cit. S. 188. Savigny cit. S. 9 folg., der S. 27 folg. die Litiscontestation mit der stipulatio iudicatum solvi identificirt; aber s. z. B. *L. 13. pr. D. iud. solvi* (46, 7). und Rudorff cit. S. 233, der diesen Act selbst für einen „obligatorischen", für einen „Contract" erklärt. Vgl. § 103.

10) S. oben § 49 Note 4.

11) Auf das Eine und Andre kann es bezogen werden, daß die Quelle des Festus Note 7, vielleicht C. Aelius Gallus Note 6, von einem noch geltenden Gebrauch zu reden scheint. Vgl. Keller cit. S. 13.

sich dieß sehr natürlich aus der Aenderung des Sprachgebrauchs, der mit der Aenderung der Sache eintrat. Früher hieß Litis Contestatio die Zeugenaufrufung in Bezug auf die gesammte vorausgegangene Instructionsverhandlung der Partheien, und bezeichnete die Vollendung derselben. Nach deren Wegfall gebrauchte man denselben Ausdruck für die Instructionsverhandlung selbst, die ja auch von Seiten des Klägers eine Bezeugung seines bestimmten Klagrechts [12]), von Seiten des Beklagten die Annahme derselben war [13]); freilich immer mit bestimmter Betonung ihrer Vollendung und der daran sich knüpfenden Wirkungen [14]). Eben deshalb kann als gleichbedeutend mit litem contestari vom Kläger rem in iudicium deducere, vom Beklagten iudicium accipere gesagt werden [15]). Eines besonderen, diese Vollendung bezeichnenden Actes aber bedurfte es nicht, weil die Aushändigung der vom Prätor genehmigten, durch seinen

12) Daher nicht bloß im Allgemeinen actionem oder iudicium contestari *§ 1. I. de perp. et temp. act.* (4, 12). *L. 19. D. sol. matr.* (24, 3). *L. 7. § 1. D. de her. pet.* (5, 3), sondern litem de dote contestari *L. 31. § 2. D. sol. matr.* (24, 3), de legato *L. 1. § 9. D. ut legatorum* (36, 3) u. s. w. Gleichbedeutend ist ferner agere, actionem dictare *L. 50. § 2. D. de peculio* (15, 1). *L. 7. L. 13. § 1. D. iud. solvi* (46, 7) u. s. w. Keller S. 68 Note 9. Für contestari in anderer Anwendung s. *Dirksen, Man. lat. font. h. r.* Rescripte vom Ende dieser Periode sagen auch exceptionem contestari. *L. 8. L. 9. C. I. de except.* (8, 36). *L. 9. C. I. de praescr. longi temp.* (7, 33).

13) Für actionem accipere, excipere, suscipere s. Keller cit. S. 67 Note 5 folg.

14) *Cic. pro Rosc. com.* 11. lite contestata, iudicio damni iniuria constituto. *c.* 11: iste cum eo litem contestatam habebat. *L. 24. § 3. D. de lib. causa* (40, 12). — suscipere ipsum (*sc. iudicium*) ad litis contestationem. *L. 28. § 4. D. de iud.* (5, 11). iudicium Praetor dare debet, ut lis contestetur. *L. 1. § 2. D. de feriis* (2, 2). ad Praetorem venire, — cogi —, ut lis contestetur —: post litem contestatam litigare u. s. w, wo es den Schein hat, als sei die L. C. ein besonderer Act, wirklich aber nur die Vollendung der Instruction gemeint ist. So und nicht als „ideellen Endpunkt" der Instruction, wie Keller cit. S. 7 folg., möchte ich genau genommen die L. C. im Sinne dieser Zeit bezeichnen.

15) Jenes in Bezug auf die negative Wirkung der L. C. für den Kläger, die Consumtion seines Klagrechts, dieß in Bezug auf die positive Verpflichtung des Beklagten, sich diesem Judicium und seinem Ausgang zu unterwerfen.

Scriba ausgefertigten Formula und deren Annahme von Seiten der Partheien jeden Zweifel beseitigte [16]).

Eben deshalb ist von Litis Contestatio im eigentlichen Sinn nur im Formularprozeß die Rede, deren Stelle in der extraordinaria cognitio eine andere Handlung als förmlicher Anfangspunkt des Prozesses vertrat [17]). Denn auch für das Verfahren per legis actionem, soweit es jetzt noch vorkam, nehmlich in den vor den Centumvirn zu verhandelnden Erbschaftssachen, insbesondere der querela inofficiosi, ist, wahrscheinlich nach Vorschrift der Lex Julia privatorum, ein anderer Act an die Stelle der alten Litis Contestatio getreten [18]),

16) Die vom Kläger etwa schriftlich edirte Actio genügte nicht, selbst wenn der Beklagte und der Prätor sie zuließ; von Seiten des Prätors mußte der Name des Judex eingerückt, das Ganze als sein Decret ausgefertigt und, wahrscheinlich in duplo, den Partheien ausgehändigt werden, damit diese die Formula dem Judex ediren konnten. Dem dare actionem s. formulam entsprach das formulam accipere *Gai.* IV. § 57. reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur. In diesem Zusammenhang sagte ursprünglich die interpolirte *L. un. C. I. de litis cont.* (3, 9) *Sever. et Ant.*, nicht die vom Prätor postulirte und dem Beklagten edirte, sondern die gegebene und angenommene Formula begründe die L. C., d. h. die vollendete Instruction und deren Wirkungen, namentlich res in iudicium deducta. Es war dabei also wirklich vom „Geben und Annehmen eines körperlichen Dinges die Rede", was Goldschmidt, über Litiscontestation und Einrede. Frankf. 1812. 8. S. 16 bezweifelte.

17) *L. 30. D. de obl. et act.* (44, 7). *Paul. lib.* III. *decretorum.* Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo. Nicht sowohl die libri decretorum des Paulus, eine Sammlung kaiserlicher Urtheilssprüche in den verschiedensten Sachen (vgl. Bluhme, Zeitschr. für gesch. RW. IV. S. 313 Note 30), als vielmehr poenae persecutio und quasi lite contestata beweisen, daß von der extraordinaria cognitio die Rede ist. Welcher Act aber durch conventus gemeint sei, läßt sich nur im Zusammenhang dieser außerordentlichen Verfahrungsweise bestimmen. S. unten § 122. Die *L. un. C. I. de lit. cont.* (3, 9), welche Savigny cit. S. 16 darauf bezieht, konnte unter dieser Voraussetzung unmöglich von actionis postulatio und editio, von litis contestatio und res in iudicium deducta schlechthin reden.

18) *Plin. Ep.* V. 1. ille cum ceteris subscripsit centumvirale iudicium, mecum non subscripsit. — Convenimus in aedem Concordiae. Ibi ego: — scis, te non subscripsisse mecum et iam biennium transisse omnia-

so daß auch hier nur noch in demselben uneigentlichen Sinn, wie selbst im Criminalprozeß [19]), von einer solchen die Rede ist [20]).

Dem Formularprozeß aber in seinem ganzen Umfang, mit Einschluß des Interdictsprozesses, gehört die Litis Contestatio an, obgleich in diesem die Wirkungen desselben zum Theil schon an den früheren Zeitpunkt des interdictum redditum geknüpft wurden [21]).

---

b) Wirkungen der Litis Contestatio [1]).

§ 103. Mit der vollendeten Instruction des Rechtsstreits oder der Litis Contestatio verknüpft das römische Recht man-

que me usucepisse. Dieß subscribere, wie der Ausdruck accusatio inofficiosi (*L. 6. § 2. D. de inoff. test.* 5, 2), und die libelli datio (*L. 7. eod.*) deuten auf Analogie der Vorschrift, welche die lex Iulia iudiciorum publicorum für den Criminalprozeß getroffen. *L. 3. pr. §§ 1—3. L. 8. D. de accus.* (48, 2). *L. 92. D. de furtis* (47, 2).

19) *L. 20. D. de accus.* (48. 2). *Modestin.* lis contestata = accusatio mota.

20) *L. 7. § 1. D. de her. pet.* (5, 3). *Ulp.* — de inofficioso iudicium contestatum. *L. 5. C. I. de inoff. test.* (3, 28). *Antonin.* post litem contestatam vel postquam propositum habuisset inofficiosum fratris testamentum dicere. Daß die bloße Absicht oder Vorbereitung der Querel ihre Transmission auf den Erben begründet, ist etwas Besonderes. Vgl. *L. 6. § 2. L. 7. L. 15. § 1. D. eod.* (5, 2). Wenn der Fiscus die Erbschaft vindicirt, so gilt für das Verfahren vor dem Procurator Caesaris die besondre Vorschrift des SC. Iuventianum. *L. 20. §§ 6. 11. D. de her. pet.* (5, 2).

21) S. oben § 98 Note 98—100 und § 103 Note 125. Bedingung dieser Wirkung ist natürlich auch hier die L. C., d. h. die Einlassung auf den Rechtsstreit. Wenn der Beklagte post interdictum redditum nachgiebt, oder der Kläger die Klage fallen läßt, so ist von ihnen keine Rede; kommt es aber zum Iudicium, so werden sie auf jenen Zeitpunkt zurückbezogen.

1) Mit diesen beschäftigt sich das angeführte treffliche Buch von Keller, Litis Contestation und Urtheil §§ 7—23. vgl. Civilpr. §§ 60—62, jedoch vorzugsweise mit den Wirkungen für das Klagrecht, dessen Consumtion. Es hat auch darin den Erfolg einer andern berühmten Monographie gehabt, daß jüngere Talente dadurch angeregt worden sind, sich an demselben Gegenstand zu versuchen. Buchka, die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechts-

nichfaltige rechtliche Wirkungen, deren einheitlicher Grundgedanke nothwendig auch über das Einzelne Aufschluß geben muß.

Daß durch das richterliche Urtheil dem Rechtsstreit für immer ein Ende gemacht, die Erneuerung desselben ausgeschlossen ist, dafür haben wir die entscheidenden Rechtsgründe schon früher angegeben [2]). Sie sind durchaus allgemeiner Natur; denn daß das, was im Namen des Staats ausgesprochen wird, fortan das concrete Gesetz für dieß Rechtsverhältniß bilden müsse, und daß den Partheien, die dazu mitgewirkt, die dadurch erworbenen Rechte nicht wieder entzogen werden können, liegt in der Natur der Sache. Weniger naturnothwendig scheint es, daß auch schon der Anfang des Rechtsstreits eine solche Wirkung äußern, dem Kläger also das Recht entziehen soll, die Klage vor dem Urtheil fallen zu lassen und später von Neuem zu erheben. Da dennoch das römische Recht diese Consumtion des Klagrechts schon durch die Litiscontestation ausspricht, so hat man diese Wirkung derselben als etwas ganz eigenthümlich Römisches angesehen und daraus erklären wollen, daß der Prätor durch Ertheilung der Formula, in welcher der Rechtspunkt festgestellt und dem Geschwornen die Entscheidung der Thatfrage aufgetragen wird, gleich dem Beweisinterlocut des gemeinen Rechts, ein bedingtes Urtheil gefällt habe, welchem nach dem Maaße seines Inhalts dieselbe Unabänderlichkeit, also dieselbe negative und positive Wirkung zugeschrieben werden mußte, wie dem Endurtheile [3]). Allein diese Erklärung trifft nicht zu bei

verhältniß Th. 1. 2. Rostock 1846. 47. 8. Vgl. Kellers Recension in der Hallischen Allg. Litt.-Zeitung 1846. II. S. 346 folg. Bekker, die prozessualische Consumtion. Berlin 1853. 8. Krüger, Prozessualische Consumtion und Rechtskraft der Erkenntnisse. Leipz. 1864. 8. Die allgemeine Grundlage der Keller'schen Ansicht haben sie, wie mir scheint, nicht zu erschüttern vermocht, aber einzelne nützliche Beiträge geliefert. Vgl. auch Savigny, System Bd. 6 §§ 258—277. Rudorff, Rechtsg. II. §§ 78—81.

2) S. oben § 52.

3) Dieß ist Kellers cit. § 7 S. 78 folg. Ansicht. Vgl. dagegen meine Recension in Schrader's krit. Zeitschr. V. S. 75. 77 folg. Kellers Bemerkungen gegen Buchka in dessen Recension S. 359 folg. würden auch mich treffen, wenn sie überhaupt träfen. Allerdings „hatten die Römer zur

der alten Legis Actio, für welche doch wesentlich dasselbe galt, und entspricht für den Formularprozeß nicht der Auffassung der römischen Juristen, die jene Wirkungen nicht wie beim Urtheil von dem Ausspruch des Richters, also hier nicht von der Ertheilung der Formula, sondern von der Litis Contestatio der Partheien ableiten [4]). Es bedarf aber auch nur geringen Nachdenkens über die Sache, um auch diese Wirkung der nur wirklich erhobenen und vom Beklagten angenommenen Klage als in der Natur des gerichtlichen Rechtsstreits begründet zu erkennen. Denn, um zunächst die Zweckmäßigkeit hervorzuheben: wohin würde es führen, wollte man dem Kläger gestatten, den Versuch, ob er mit seinem Anspruch durchdringen könne, heute zu machen, morgen fallen zu lassen, und übermorgen wieder aufzunehmen? Es würde dieß sowohl der Würde des Gerichts [5]), als dem billigen Anspruch des Beklagten auf Schutz gegen solche Vexationen widersprechen. Also, sowohl die Gerichtsobrigkeit als der Beklagte hat ein Recht vom Kläger zu verlangen, daß er mit seiner Klage entscheidenden Ernst mache, d. h. sie bis zum Urtheil verfolge oder jedenfalls, wenn er sie auch fallen lassen will, sie wenigstens später nicht wieder erneuere.

Dieß ist der Sinn der alten Rechtsregel: bis de eadem re agere non licere [6]), die, eben weil sie in einer allgemeinen

Zeit der Formulae einen" sehr deutlichen „Begriff von der staatsrechtlichen Kraft des Richteramts"; aber sie „schrieben dem formell gehörig beschaffenen (namentlich dem Auftrage, d. h. der Formula des Prätors entsprechenden) Urtheil" so wenig ohne den Willen der Partheien, der sich in der Klage und Einlassung ausspricht, „Geltung zu" als wir heutzutage. Vgl. unten Note 114 und 126. Der „Uebereinkunft der Partheien" räumt denn auch Keller daselbst S. 368 ihr verhältnißmäßiges Recht ein, so daß die Differenz sich auf ein Minimum reducirt.

4) Nicht von iudicium ordinatum, sondern von res in iudicium deducta und iudicium acceptum.

5) Bekker cit. S. 5. „Der Magistrat darf nicht zweimal mit derselben Sache behelligt werden; so wahrte man die Majestät des Staats". Krüger cit. S. 5 folg. verwirft dieß und scheint auf eine allgemeine Begründung zu verzichten, indem er für die Regel bis de eadem re ne sit actio nur historische Gründe, und zwar sehr anfechtbare, geltend macht.

6) Es ist Bekkers cit. § 3 Verdienst, auf die zahlreichen Zeugnisse für diese Regel aufmerksam gemacht zu haben, welche bei ihm

Rechtsanschauung wurzelt, nicht erst durch ein Gesetz vorgeschrieben zu werden brauchte [7]). Ihre Anwendung hing aber davon ab, daß der Rechtsstreit das erste Mal nicht bloß vorbereitet, sondern förmlich anhängig gemacht war, was nach dem verschiedenen Verfahren in verschiedener Weise geschah.

In der ältesten Zeit galt jene Regel in der Art, daß die einmalige Vollziehung der feierlichen Legis Actio, zu welcher beide Theile zusammenwirkten, ihre nochmalige Vornahme wegen derselben Sache ipso iure ausschloß [8]). Die ernstliche Absicht, die Sache dießmal zur Entscheidung zu bringen, bethätigte auch im Ordinarprozeß die von beiden Theilen bestellte Wette (sacramentum), die nur der Sieger aus dem Tempelschatz zurücknahm, deren Zahlung durch den Besiegten nach späterem Recht der Prätor erzwang. Zu diesem Behuf konnte und mußte der Sieger, auch wenn der Gegner die Sache fallen ließ, auf ein Urtheil dringen [9]). Aber wenn er auch nicht darauf antrug, oder wenn es sonst zu einem Urtheil nicht kam [10]), war die Erneuerung der Klage doch ausgeschlossen. Das nach Vollziehung der Legis Actio angerufene Zeugniß (litis contestatio) diente dem Beklagten also auch zu diesem Zweck [11]). In den Centumviralprozessen der Kaiserzeit war die Anwendung des

und bei Rudorff cit. § 78 Note 1 nachgesehen werden können.

7) Bekker cit. § 4 und ihm folgend Keller, Civilpr. Note 712 zweifeln, über ihren Ursprung aus altem ius civile oder den Zwölf Tafeln; ich neige zu dem ersten aus dem angeführten Grunde und weil nirgends, insbesondre von Gaius Note 8 nicht, auf dieß Gesetz Bezug genommen wird. Am wenigsten enthalten die Stellen des Rhetors *C. Iulius Victor. c.* 3. § 10. *c.* 4. § 8., die Krüger cit. S. 4 anführt, eine „sichere Andeutung" davon, da sie ausdrücklich von der accusatio publica reden, für deren Erneuerung die lex Iulia iudiciorum publicorum bestimmte Grenzen gesteckt zu haben scheint. Ueber die lex privatorum s. Note 13.

8) *Gai.* IV. § 108. Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat. Ueber das Verfahren vgl. Krüger cit. S. 34.

9) S. § 51 Note 19.

10) S. § 44 Note 22, § 45 Note 13, § 47 Note 17.

11) Die Voraussetzung des § 49 Note 6 nehme ich zurück, was der billige Leser in einer so dunklen Sache entschuldigen wird.

Grundsatzes ohne Zweifel durch die Subscriptio bedingt [12]); wie er aber geltend gemacht wurde, wissen wir nicht [13]).

Im Formularprozeß ist Alles, was in iure zum Behuf der Instruction geschieht, nur vorbereitend, bis zu ihrer Vollendung, der Litis Contestatio; erst das förmlich constituirte Judicium ist der wirkliche Rechtsstreit, dessen Ausgang über das Recht des Klägers entscheidet. Von diesem Augenblicke an ist dieses Recht in das Judicium eingeschlossen [14]) (res in iudicium deducta) und nicht in anderer Weise, insbesondere durch eine erneuerte Klage geltend zu machen, also consumirt [15]). Da aber nicht Zerstörung, sondern Anerkennung seines Rechts der Zweck der Klage ist, so muß ihm dafür ein Ersatz gegeben werden, und dieser besteht in dem Judicium selbst als einem neuen Rechtsverhältniß obligatorischer Natur. Denn wie der Kläger selbst (re in iudicium deducta), so hat auch der Beklagte durch Einlassung auf dasselbe (iudicium acceptum) sich schon jetzt dessen eventuellem Ausgang, dem Urtheil unterworfen [16]); und da diese neue Obligation durch den Willen beider Theile begründet wird, so ist die Litis Contestatio einem obligatorischen Vertrage ähnlich [17]); die Partheien können

12) S. § 102 Note 18.

13) Aus *L. 21. pr. D. de inoff. test.* (5, 2) ergiebt sich, daß über das Fallenlassen der querela inofficiosi und dessen Folgen bestimmte Grundsätze galten, die vielleicht aus der lex Iulia iudiciorum privatorum stammten und, wie im iudicium publicum, wohl durch eine praescriptio geltend gemacht wurden, nicht ipso iure eintraten.

14) *L. 139. pr. D. de reg. iur.* (50, 17). *Gai.* — actiones — semel inclusae iudicio.

15) *L. 66. D. de procur.* (3, 3). *Pap.* — facit, ut res in iudicium deducta videatur, et stipulationem consumit. *Gai.* IV. § 131. — totius illius iuris obligatio (*sc. ex stipulatu vel ex empto*) illa incerta actione: QUIDQUID *rel.* per litis contestationem consumitur: ut postea nobis agere volentibus — nulla supersit actio. *rest. Rudorff. cf.* III. § 180. Tollitur obligatio litis contestatione. Der bildliche Ausdruck consumere, der noch öfter vorkommt, ist vom Verbrauchen körperlicher Sachen hergenommen, z. B. res quae usu consumuntur. *Rubr. Dig.* 7, 5. *L. 1. Ulp.* tolluntur.

16) S. unten Note 106.

17) *L. 3. § 11. D. de peculio* (15, 1). *Ulp.* — sicut stipulatione contrahitur, — ita iudicio contrahi. Ulpians kurze, aber präcise und inhaltsschwere Worte schließen zugleich, wie mir scheint, Savignys cit. § 258 Annahme

von jetzt an, wie in Folge einer Stipulation, Schuldherr und Schuldner (rei) genannt werden [18]). Die Parallele dieses nothwendigen gerichtlichen Actes mit einem freiwilligen Rechtsgeschäft wird aber von den römischen Juristen noch weiter ausgedehnt. Insofern durch denselben die Actio und eine derselben zum Grund liegende Obligation aufgehoben [19]), und deren Stoff in eine andere obligatorische Form, das Judicium, gleichsam umgegossen wird [20]), vergleichen sie die Litis Contestatio der Novation, freilich nicht ohne auch die wesentlichen Unterschiede beider anzumerken [21]).

eines wirklichen Contracts, und zwar einer Stipulation, aus. Nicht durch eine wirkliche Stipulation, sondern durch das iudicium acceptum wie durch Stipulation wird eine neue Obligation begründet. Die satisdatio iudicatum solvi, welche Savigny dafür nimmt, findet nur ausnahmsweise statt, und wird sehr bestimmt als eine Verstärkung der Verpflichtung des Beklagten bezeichnet. Vgl. auch *L. 22. D. de tutelae act.* (27, 3). *Paul.* Defensor tutoris —: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit. — Wie das Sachenrecht und das Familienrecht, so hat auch das Prozeßrecht seine eigenthümlichen Verträge, Litis Contestatio, Confessio und Eid (vgl. §§ 105. 107), die, weil sie bestimmte Verpflichtungen zwischen den Partheien begründen, den obligatorischen Verträgen verglichen werden. Auch fehlt das Merkmal des freien Willens nicht: in der Person des Klägers, der durch sein Interesse nur bewogen wird zu klagen, und in der Person des Beklagten, der, wenn er will, sich als indefensus den damit verknüpften Nachtheilen unterwerfen kann. Doch liegt auf diesem Punkt der Unterschied der L. C. und des Contracts.

18) C. Aelius Gallus bei *Festus* v. *reus* oben § 102 Note 6. Reus nunc dicitur, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est. *cf. L. 1. D. de duobus reis* (45, 2).

19) Daß die Consumtion auch auf das Klagrecht, die actio bezogen wird, z. B. in *L. 2. § 1. D. de priv. del.* (47, 1). *L. 7. § 1. D. de cond. furt.* (13, 1) u. A., beweist, daß Bekkers cit. § 9 Ansicht, der mit Windscheid vor der L. C. nur einen „Anspruch" (?) annimmt und die actio erst durch die L. C. entstehen läßt, der Anschauung und Ausdrucksweise der Römer nicht entspricht. Vgl. oben § 85 Note 7.

20) *L. 1. pr. D. de nov.* (46, 2). *Ulp.* Novatio est prioris debiti in aliam obligationem (*sc.* in verborum obligationem *L. 2. eod.*) — transfusio atque translatio.

21) *L. 29. D. de novat.* (46, 2). *Paul.* Aliam causam esse novationis voluntariae (= *quae est voluntaria*), aliam iudicii accepti (*sc. quod redditur in invitum*) multa exempla ostendunt *rel.* Vgl. unten Note 71 und 177. *Fr. Vat.* § 263. *Pap.* — inchoatis litibus actiones novavit. *L. 2. § 8. D. de her. vend.* (18, 4). *Ulp.* — si novaverit vel in iudicium deduxerit actionem. *L.*

Ehe wir diese zwiefache Wirkung der Litis Contestatio nach beiden Seiten hin näher bestimmen, ist aber folgende verschiedene Wirkungsweise zu erwähnen. Die Vergleichung mit der Novation trifft nämlich nur in dem Fall vollkommen zu I) wenn, 1) wie bemerkt, auch das frühere, der Klage zum Grund liegende Rechtsverhältniß eine Obligatio war, und wenn 2) dasselbe durch die Litiscontestation ipso iure aufgehoben wird. Letzteres ist aber nach dem Rechte dieser Zeit nur dann der Fall, wenn a) jenes Schuldverhältniß in einer intentio in ius concepta und der sie ergänzenden Demonstratio als Gegenstand des Rechtsstreits, also auch der Consumtion durch die Klage, bezeichnet, und wenn b) in einem iudicium legitimum, d. h. in einem nach der Vorschrift des alten Civilrechts angeordneten Judicium, geklagt worden ist, welches in dieser und in andern Beziehungen sich der Legis Actio anschließt [22]). Dazu gehört, daß es in der Stadt Rom oder innerhalb ihrer Bannmeile unter lauter römischen Bürgern und vor einem Einzelgeschwornen stattfinde [23]); denn nur ein solches hat überhaupt civilrechtliche Wirkungen [24]). Außerhalb dieser durch das Civil-

60. D. de fideiuss. (46, 1). *Scaev.* genere novationis.

22) *Gai.* III. § 180. Tollitur — obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione *rel.* § 181. Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo, DARI MIHI OPORTERE; quia litis contestatione dari oportere desiit *rel.* IV. § 107. At vero si legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ideo exceptio supervacua est.

23) *Gai.* IV. § 104. Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma, vel intra primum urbis Romae miliarium, inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur *rel.* Diese Bedingungen beruhten auf uralten Rechtsanschauungen (ius legitimum). Ob die Lex Aebutia das Verbindungsglied mit der Legis Actio bildete, steht dahin. Die lex Iulia iudiciaria knüpfte daran nur die neue Vorschrift, die Gaius im Folgenden anmerkt. S. unten Note 34. Auch sonst hat das Judicium legitimum wie die Legis Actio die strengen Bedingungen des Civilrechts; verlangt z. B. tutoris auctoritas für Frauen. *Ulp.* XI. 24. 27. *Gai.* I. § 184. Vgl. auch *Gai.* III. § 83.

24) Auch die Adjudication giebt nur im iudicium legitimum civile Rechte. *Fr. Vat.* § 47[a]. *Paul.*

recht gezogenen Grenzen, also vor Recuperatoren oder wenn ein Peregrine, sei es der Geschworne oder eine Parthei, daran Theil nimmt, oder wenn es außerhalb des ersten Meilensteins von Rom, also in Italien oder in den Provinzen, stattfindet, wird es nur durch das Imperium des Magistrats, der es angeordnet hat, getragen (iudicium imperio continetur)[25]), und kann nur indirecte, durch dasselbe Imperium vermittelte Wirkungen äußern[26]). Auch die Consumtion des Klagrechts konnte also II) in diesem Fall nicht ipso iure eintreten; der Prätor war es, der gegen die zweite an sich begründete Klage eine exceptio rei in iudicium deductae gab[27]). Dieselbe Einrede war zur Ausschließung der erneuerten Klage nothwendig III) bei der in rem actio und IV) bei jeder actio in factum concepta. Denn daß das Eigenthum des Klägers durch die Litis Contestatio ipso iure aufgehoben, also dessen Intentio REM EX IURE QUIRITIUM MEAM ESSE ausgeschlossen sei, war so undenkbar, als daß die in der Intentio der in factum actio be-

Potest constitui (*sc. usus fructus*) et familiae erciscundae et communi dividundo iudicio legitimo. *cf. sqq.* civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est. Dasselbe muß auch vom Eigenthum und von den Prädialservituten gegolten haben.

25) *Gai.* IV. § 105. Imperio vero continentur recuperatoria, et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona, iudicis aut litigatoris. in eadem causa sunt quae extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos, quam inter peregrinos accipiuntur. Frauen bedurften dazu nicht der auctoritas tutoris. S. Note 23. Vgl. *Gai.* IV. § 80.

26) Die Adjudication konnte hier nur tuitione Praetoris bestehen. *L. 44. § 1. D. fam. erc.* (10, 2). *Paul.* — adiudicationes Praetor tuetur exceptiones aut actiones dando, ging wohl ursprünglich auf diesen Fall.

27) *Gai.* IV. § 181. s. Note 22. Aliter atque si imperio continenti iudicio egerim: tunc enim nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum; sed debeo per exceptionem rei — in iudicium deductae summoveri. IV. § 106. Et si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit, — postea nihilominus ipso iure de eadem re agi potest. et ideo necessaria est exceptio rei — in iudicium deductae. — Da iudicium und actio häufig identisch gebraucht wird, so fand es *Gai.* IV. § 109. nöthig zu bemerken, daß die Natur des Klagrechts, ob es dem Civilrecht oder dem prätorischen seinen Ursprung verdanke, auf jenen Unterschied der Prozesse ohne Einfluß sei.

hauptete Thatsache, die Bedingung des klägerischen Rechts, unwahr geworden; der Prätor konnte den Judex also nur durch eine der Condemnatio hinzugefügte Exceptio anweisen: wenn er finde, daß der Kläger diese Sache schon einmal in iudicium deducirt habe, den Beklagten zu absolviren [28]). Auch auf diese Fälle indirecter Aufhebung irgend eines Klagrechts durch die Litis Contestatio können wir die Vergleichung derselben mit der Novation insofern ausdehnen, als ein der Obligation ähnliches Recht, die Actio, durch den Willen der Partheien zerstört und ein wahrhaft obligatorisches Verhältniß, das Judicium, an ihre Stelle gesetzt wird [29]).

Was nun I) die negative Wirkung der Litiscontestation betrifft, so sind sowohl ihre Bedingungen als ihr Erfolg für das streitige Recht noch näher zu bestimmen, und in beiden Beziehungen vorauszuschicken, daß von dieser ihrer Wirkung nach regelmäßigem Verlauf des Rechtsstreits, d. h. wenn er durch ein Urtheil entschieden worden, kaum noch die Rede ist. Denn durch das Urtheil (res iudicata) wird das Judicium bestimmungsmäßig aufgelöst (solvitur iudicium) und abermals ein neues obligatorisches Rechtsverhältniß (obligatio iudicati) begründet, mittelbar also dieses an die Stelle der ur-

28) *Gai.* IV. § 107. s. Note 22. si vero vel in rem, vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei — in iudicium deductae. Auch die actiones utiles ficticiae sind in factum, obgleich sie eine hypothetische rechtliche Behauptung enthalten. S. § 96 Note 42. Ob, wenn früher mit der entsprechenden actio directa geklagt war, die utilis ipso iure consumirt war, wissen wir nicht. Vgl. unten Note 86. Auch für die indirecte Aufhebung des Klagrechts gebrauchen die römischen Juristen in ähnlichen Fällen den Ausdruck consumere. *L. 14. § 13. D. quod met. causa* (4, 2). — consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita. *L. 34. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). — altera (*sc. actione*) alteram consumi. *cf.* § 2. — altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem.

29) Auch die Römer scheinen dieß zu thun. *L. 60. D. de fideiuss.* (46, 1). *Scaev.* — genere novationis —, aut iure aut exceptione. Daß die positive Wirkung der L. C. auch in diesen Fällen eintritt, ist deshalb nicht zu bezweifeln, weil die Römer ganz allgemein sagen: iudicio contrahitur. S. Note 17.

sprünglichen Obligatio oder Quasi-Obligatio gesetzt[30]), also die vorübergehende Wirkung der Litiscontestation durch diese bleibende absorbirt. Insbesondere gilt dieß von der Consumtion des Klagrechts, sie mag nun ipso iure oder per exceptionem stattgefunden haben; im letzten Fall tritt dann an die Stelle der exceptio rei in iudicium deductae die exceptio rei iudicatae[31]). Nur in dem Fall, da es noch nicht zum Urtheil gekommen ist, und in dem, da es überhaupt nicht dazu kommen wird, das Judicium außerordentlicher Weise ohne Urtheil des Geschwornen erlischt, ist es die exceptio rei in iudicium deductae allein, durch welche der Beklagte sich gegen die nochmalige Klage schützen kann. In dem ersten Fall entsprach sie der Einrede der Litispendenz unseres heutigen Rechts[32]); der zweite Fall trat ein, wenn der Kläger ausdrücklich auf Fortsetzung des Prozesses verzichtete[33]), oder ihn so lange liegen ließ, bis das Ju-

30) *Gai.* IV. § 180. si condemnatus sit (*sc. reus*), sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. *L. 3. pr. C. l. de usur. rei iud.* (7, 54). *Iustinian.* in Anknüpfung an das alte Recht: Si enim novatur iudicati actione prior contractus. Vgl. unten § 111.

31) *Gai.* III. § 181. debeo per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae summoveri. IV. § 106. et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae (s. oben Note 27). § 121. Peremptoriae (*sc. exceptiones*) sunt, — velut — quod res iudicata est, vel in iudicium deducta est. Die letzte Stelle bezeichnet sie am bestimmtesten als zwei verschiedene, im Edict formulirte in factum exceptiones. *Cic. de or.* I. 37. hat für die exc. rei in iudicium deductae die Formel: QUOD EA RES IN IUDICIUM ANTEA VENISSET. Da aber beide sich auf eine Thatsache gründen und die frühere durch die spätere nicht unwahr wurde, so konnte der Beklagte wahrscheinlich sich zum Behuf der Consumtion beliebig der einen oder der anderen bedienen, vielleicht auch beide combiniren, damit, wenn etwa das Urtheil nichtig war, die Berufung auf Consumtion durch die L. C. doch half. So auch Keller cit. § 26 und Krüger cit. S. 50. Anders Savigny cit. S. 267. Bekker cit. S. 278. Im Text fragen wir nach den Fällen, wo nur die exceptio rei in iudicium deductae stattfindet. Zu diesen gehörte auch, wenn das officium iudicis in Folge einer praescriptio ohne Urtheil in der Sache erlosch. S. § 99 Note 84.

32) *L. 30. L. 34. D. de iud.* (5, 1) enthalten den Grundsatz, natürlich ohne dieses Rechtsmittels zu gedenken.

33) *L. 4. C. l. de pactis* (2, 3) *Sever. et Ant.* Postquam liti de praedio motae renuntiasti, causam finitam instaurari [posse] nulla ratio permittit. Nach

dicium durch Zeitablauf erlosch (iudicium moritur). Dieß geschah bei dem iudicium imperio continens mit dem Ablauf der Amtszeit des Prätors, der es angeordnet hat; bei dem iudicium legitimum nach Vorschrift der lex Iulia iudiciaria in achtzehn Monaten[34]). Dem Justinianischen Recht ist der letzte Fall und überhaupt diese Einrede nicht mehr bekannt; in den Stellen der alten Juristen, wo sie neben der exceptio rei iudicatae erwähnt werden könnte, ist nur noch von dieser die Rede, was für die Benutzung derselben in unserer Lehre von Wichtigkeit ist; denn insofern sie der Consumtion des Klagrechts dient, fallen ihre Bedingungen und Wirkungen mit denen der exceptio rei in iudicium deductae durchaus zusammen[35]). Die Consumtion ipso iure aber ist in Justinians Rechtsbüchern bis auf wenige unabsichtlich stehen gelassene Reste des alten Rechts verschwunden[36]).

A) Die Bedingungen der Consumtion des Klagrechts beziehen sich theils auf den Gegenstand des Rechtsstreits, theils auf die davon berührten Personen.

1) Soll die zweite Klage als durch die frühere Anstellung consumirt zurückgewiesen werden, so muß sie dieselbe Sache (eadem res) betreffen[37]). Was darunter zu verstehen sei,

der Stellung des Rescripts gilt dieß im Justinianischen und heutigen Recht vermöge des präsumtiven Verzichts auf das Recht selbst per exceptionem pacti. Da diese Voraussetzung aber in dem Rescript nicht ausgedrückt ist, der Kläger vielleicht nur den Folgen einer fehlerhaften Formula oder einer dilatorischen Einrede ausweichen wollte, nach altem Recht per exceptionem rei in iudicium deductae. Wird daraus die Calumnia des Klägers klar (destitisse), so kann der Beklagte gegen ihn die actio calumniae auf den zehnten Theil des Streitgegenstandes richten. *L. 10. D. de iud.* (5, 1). *Gai.* IV. §§ 174. 175. 178.

34) *L. 10. cit. Ulp.* qui distulit. *Gai.* IV. §§ 104. 105. S. oben § 80 Note 68. 69.

35) S. überhaupt *Dig.* 44, 2. *de exceptione rei iudicatae*, und vorläufig insbesondre *L. 4. L. 11. § 7. D. h. t.*

36) Zu diesen Resten gehört z. B. *L. 22. § 8. D. ratam rem hab.* (46, 8). *Ulp.* — si verus procurator [*l.* cognitor] egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem [*rei iudicatae vel in iudicium deductae*] actio inutilis esset. Im Sinne des Just. Rechts kann ipso iure nur auf die Zahlung in Folge der Klage bezogen werden.

37) *Gai.* IV. §§ 106. 107. Note

diese Frage hat die römischen Juristen und die Neuern vielfach beschäftigt. Ihre Beantwortung aus den Quellen wird dadurch erschwert, daß dieser Function der exceptio rei iudicatae, der Geltendmachung des Consumtionsprincips, eine zweite, die Behauptung der innern Wahrheit des Urtheils überall, wo dieselbe Frage (eadem quaestio) zur Sprache kommt[38]), also in weiterem Kreise, parallel geht, und daß die in Justinians Compilation erhaltenen Bruchstücke der classischen Jurisprudenz diesen Unterschied nirgends ausdrücklich aussprechen, ja im Einzelnen beides zu vermischen scheinen[39]). Auch noch ein anderer Grundsatz, das Erlöschen concurrirender Klagen durch die Befriedigung (perceptio), die mit der einen erlangt ist, tritt zuweilen nahe an die Consumtion durch die bloße Anstellung derselben (intentio) heran, und wird nicht immer durch Angabe der verschiedenen Voraussetzungen von dieser unterschieden.

Daß nun unter derselben Sache (eadem res) im Civilprozeß dasselbe Klagrecht (eadem actio) zu verstehen sei, ergiebt sich von selbst, wenn nur der richtige Begriff dieses letztern

22. 27. de eadem re. Die Formel der exceptio § 121. quod res *rel. Cic. cit.* Note 31. quod ea res *rel.* Daß *L.* 5. *D. h. t.*, die noch Keller cit. S. 241 hieherzog, eine lex fugitiva ist, die vom Vadimonium spricht, wird jetzt wohl allgemein anerkannt. Vgl. meine Recension S. 85. Buchka cit. I. S. 97. Savigny, System VI. S. 418 Note 6.

38) S. vorläufig *L. 3. L. 7. § 4. D. h. t. cf. L. 28. § 4. D. de iureiur.* (12, 2).

39) Es ist das große Verdienst des angeführten Buches von Keller § 28 folg. zuerst diese zwei Functionen, die er als die negative und positive bezeichnet, nachgewiesen zu haben. Nicht um sein Verdienst zu schmälern, sondern zum Beweise, daß der Gegensatz in den Quellen offen zu Tage liegt und nach Entdeckung des Gaius jedem unbefangenen Leser in die Augen springen mußte, sei es bemerkt, daß ich denselben in meinen Vorlesungen über Pandekten und Prozeß schon vor dem Erscheinen jenes Buches vorgetragen habe, nur in bestimmter Beziehung auf den verschiedenen, objectiven Umfang der beiden Functionen, der, von Keller gleich Anfangs bestimmter hervorgehoben, seiner Ansicht vielleicht noch mehr Eingang verschafft haben würde. Vgl. meine Recension S. 81 folg. und jetzt Kellers Civilpr. § 73. Daß er den römischen Juristen selbst nicht zum vollen Bewußtsein gekommen, scheint mir bei der Unvollständigkeit und Fälschung ihrer auf uns gekommenen Bruchstücke eine gewagte Be-

festgehalten wird [40]). Es ist das Recht des Klägers (idem ius) als Gegenstand des Rechtsstreits, welches zunächst durch seine Natur, sodann durch seinen Entstehungsgrund (eadem causa) und durch sein Object (idem corpus, eadem quantitas u. s. w.) charakterisirt [41]) und, so weit möglich und nützlich, in der Formula beschrieben wird. Denn es ist immer festzuhalten, daß dieß, die Bestimmung des Objects der Consumtion, nicht ihr eigentlicher Zweck war, daß sie vielmehr ein Wegweiser für den Geschwornen sein sollte, der dessen vernünftiges Ermessen und die Berücksichtigung aller nach der Natur des streitigen Rechts erheblichen Thatsachen nicht ausschließt [42]), und daß überdieß der Prätor auch für dieselben Klagrechte verschiedene, gleichgeltende Formeln gab [43]); daß also auch die Identität oder Verschiedenheit der Formula für die Frage nach der Consumtion des Klagrechts zwar von großer Bedeutung ist, aber unbedingt darüber nicht entscheidet. Es zeigt sich darin, wie weit das prätorische Recht und die classische Jurisprudenz im Gebrauch der Formulae von todtem Formalismus entfernt war. Den Mittelpunkt der Formula bildet ferner die Intentio, und bezeichnet insofern vorzugsweise den Gegenstand der Consumtion,

hauptung. Für die Consumtion haben sie gewiß stets, wie Gaius, von exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae gesprochen, und in andern Fällen die feinen Linien zwischen der einen und andern Einrede angedeutet, wie sie ihren Conflict ja bestimmt hervorheben. Auf Bekker's abweichende Ansicht kann ich erst beim Urtheil § 111 eingehn.

40) Bekker cit. § 6 S. 46 und Krüger § 11 S. 53 schieben, mit Windscheid, den unrömischen Begriff des „Anspruchs" unter. Vgl. oben § 85 Note 7.

41) *L. 12. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *Paul.* cum quaeritur, haec exceptio noceat necne, inspiciendum est, an idem corpus sit, *L. 12. Ulp.* quantitas eadem, idem ius. *L. 14. pr. Paul.* et an eadem causa petendi. Es sind zu berücksichtigende Momente, das Nähere aber ergiebt die Betrachtung der einzelnen Fälle.

42) Die zahlreichen Fälle, wo die Formula zur Bezeichnung der res in iudicium deducta nicht ausreicht, wo auf den Willen des Klägers, die Umstände u. s. w. recurrirt werden muß, s. im Folgenden. Auf die eigentliche Bestimmung der Formula provocirt auch Keller, Hall. Jahrb. 1846 S. 354 folg.

43) Z. B. für die actio depositi und commodati *Gai.* IV. §§ 47. 60.

aber auch nicht unbedingt[44]); ist sie eine incerta intentio, so dient ihr die Demonstratio zur Ergänzung[45]). Nur die Condemnatio und Adjudicatio, welche nicht die Begründung der Klage, sondern ihren Erfolg betreffen, sind für die Frage, was in iudicium deducirt worden, bedeutungslos[46]).

Für die nähere Bestimmung, wann dasselbe Klagrecht das erste und zweite Mal zum Gegenstand des Rechtsstreits gemacht sei, ist vor Allem die Natur desselben entscheidend, und bei dieser kommt der durchgreifende Gegensatz der in rem und in personam actio in Betracht. Bei jener überwiegt nächst dem Recht selbst das Object desselben, die Sache; bei dieser die Causa, der Entstehungsgrund des ihr zum Grund liegenden Schuldverhältnisses.

a) Die in rem actio ist eine andere wenn Eigenthum, eine andere wenn Usufructus, obgleich dieser in jenem enthalten ist, eine andere wenn diese oder jene Prädialservitut, und wieder eine andere wenn Erbrecht an der Universitas des Nachlasses verfolgt wird, obgleich diese auch die einzelnen Sachen begreift, der Statusklagen zu geschweigen, die jenen noch ferner stehen; überall weil nicht dasselbe Recht (idem ius) Gegenstand des Rechtsstreits ist[47]).

44) Keller behauptete dieß in seiner Dissertation und in L. C. und Urtheil § 33 als Regel nach *L. 32. pr. D. de peculio* (15, 1) und *Gai.* IV. § 131. und nahm für die formula incerta eine Ausnahme an. Vgl. dagegen meine Recension S. 83 folg. und Rudorff's Restitution der letzteren Stelle. Das Nähere auch hierüber bei den einzelnen Fällen.

45) Die res de qua agitur zu bezeichnen, ist ihre Bestimmung *Gai.* IV. § 40. und die Folge für res in iudicium deducta s. in § 58. Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur. Vgl. oben § 87 Note 18—22.

46) *Gai.* IV. § 57. Si vero (*sc. in condemnatione*) minus positum sit, quam oportet, hoc solum actor consequitur, quod posuit: nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest.

47) Die meisten der diese Fälle erwähnenden Pandektenstellen reden von der exc. rei iudicatae in ihrer positiven Function, welche weiter greift z. B. *L. 7. §§ 4. 5. L. 21. § 3. § 26. pr. D. h. t. L. 17. D. de except.* (44, 1). *L. 22. § 8. D. ratam rem hab.* (46, 8). Vgl. Keller cit. S. 261 folg. und über das Verhältniß der heredi-

Der Erwerbungsgrund des Rechts (causa petendi) ist hier insofern nicht entscheidend, als z. B. Eigenthum dasselbe Recht bleibt, es mag durch Mancipation oder Testament mir zugewendet sein, und als die Intentio der Formula petitoria regelmäßig eben nur das EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE ausspricht, welches alle Erwerbungsgründe zusammenfaßt. Die auf den einen oder andern Erwerbungsgrund gerichtete Meinung des Klägers entscheidet natürlich dagegen nicht. Doch kann er seine Klage ausdrücklich auf Einen Erwerbungsgrund beschränken (expressa causa) und dadurch sich alle andern für die erneuerte Klage vorbehalten [48]). Bei der formula in factum concepta geschieht dieß an sich [49]). Da es aber bei der Consumtion des Klagrechts nicht auf die bloße Gleichartigkeit, sondern auf die Identität desselben concreten Rechts ankommt, so ist die zweite Klage aus einem spätern Erwerbungsgrunde niemals ausgeschlossen [50]).

Der Besitz des Beklagten, wo er Voraussetzung der Klage ist, findet in der Formula keinen Ausdruck; dennoch gehört er zu den Bedingungen dieses bestimmten Klagrechts (actio); daher auch der später erworbene Besitz eine neue Klage begründet, die durch die frühere nicht consumirt sein kann [51]). Hier zeigt es sich recht deutlich, daß die Formula den Gegenstand der Consumtion nicht erschöpfend bezeichnet.

Entscheidend für die Identität des dinglichen Rechts ist aber sein Gegenstand, die körperliche Sache (idem corpus).

tatis petitio zu den Singularklagen Krüger cit. S. 125 folg. Nur *L. 11. § 6. D. eod.* (Iter und Actus) kann hierher gezogen werden und beweist, daß die Worte EUNDI und AGENDI zwei verschiedenen Formeln angehörten. *Gai.* IV. § 3. *Theophil.* IV. 6. § 2. vgl. Keller, Civilpr. S. 111.

48) *L. 11. pr. §§ 1. 2. 5. L. 14. pr. § 2. L. 27. D. h. t.*

49) Z. B. der Publiciana. Die Hypothecaria, Superficiaria und Vectigalis gründen sich stets auf die gleiche Thatsache.

50) *L. 11. §§ 4. 5. L. 21. § 3. L. 25. pr. D. h. t. L. 25. § 1. D. de lib. causa* (40, 12). Aus der Formula ist dieß nicht erkennbar.

51) *L. 9. pr. L. 17. L. 18. D. h. t. L. 8. pr. D. ratam rem hab.* (46, 8). quia non possidebat deutet auf die positive Function, die in diesem Fall mit der negativen ausgeschlossen ist.

Daher z. B. wer den Sklaven Eros vindicirt, dadurch die Klage auf den Stichus nicht consumirt hat [52]). In dem Ganzen ist aber der Theil begriffen, also auch mit Jenem in Judicium deducirt [53]), vorausgesetzt, daß er nur Theil, d. h. dem Ganzen gleichartig ist; denn als Sache für sich kann er unbeschadet des Consumtionsprincips mit einer zweiten Klage gefordert werden [54]). Umgekehrt ist durch die Klage auf einen Theil nur diese in Judicium deducirt [55]), und die zweite auf einen andern Theil nur etwa durch die Rechtskraft des Urtheils nach einer daraus gezogenen Consequenz ausgeschlossen [56]).

Immer aber wird die Identität des Rechts vorausgesetzt; daher auch in Bezug auf dieselbe Sache die possessorische Klage die petitorische, die Vindication die Condictio, die Vindication des Theils die Theilungsklage nicht ausschließt [57]).

b) Die in personam actio macht immer ein Schuldverhältniß (obligatio) zum Gegenstand des Rechtsstreits, und diese Obligatio und die Actio, das Klagrecht, sind so sehr Eins, daß die Consumtion dieses letztern unmittelbar auf das erste bezogen wird [58]). Für die Gleichartigkeit und Identität

52) *Gai.* IV. § 55. *L. 12. D. h. t.* idem corpus.

53) *Gai.* IV. § 53. *si is, cuius* ex parte res est, totam rem — *suam esse intenderit. rest. Huschke.*

54) Die Rechtskraft des Urtheils dagegen kann auch in diesem Fall der Klage auf den Theil präjudiciren. Die Pandektenstellen unterscheiden beides auch hier nicht, und überdieß verrathen ihre Widersprüche die ungeschickte Hand der Compilatoren. *L. 7. pr. §§ 1—3. D. h. t.* Keller cit. S. 261 folg. Vgl. auch *L. 21. §§ 1. 2. D. h. t.* mit *L. 1. § 3. L. 2. L. 3. pr. D. de rei vind.* (6, 1).

55) *L. 35. § 3. D. de rei vind.* (6, 1). *Gai.* IV. §§ 54. 56. 122.

56) Hierauf beruhen die Entscheidungen der *L. 33. § 1. D. de usufr.* (7, 1). *L. 14. § 1. D. h. t.* Keller cit. S. 278 folg.

57) *L. 14. § 3. L. 31. L. 8. D. h. t.* Die Ausschließung und Zulassung der exceptio rei iudicatae bezieht sich auf ihre positive Function, während die Unmöglichkeit der negativen in allen diesen Fällen evident ist.

58) Für die condictio certi s. *Gai.* III. § 180. litis contestatione — obligatio quidem principalis (die ursprüngliche) dissolvitur. § 181. inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit. aliter atque si imperio continenti iudicio egerim: tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iu-

des Schuldverhältnisses aber ist sein Entstehungsgrund (causa debendi) hauptsächlich entscheidend [59]); das Object (res, corpus, quantitas u. s. w.) kommt zwar auch in Betracht, aber erst in zweiter Linie.

Die Condictio certi freilich war von Anfang an so abstracter Natur, daß es genügte, in der Intentio ihrer Formel das DARE OPORTERE einer bestimmten Sache oder Quantität zu behaupten, ohne Erwähnung der causa debendi. Daher war in diesem Fall das bezeichnete Object für die Consumtion entscheidend; durch Nennung eines falschen Objects wurde Nichts [60]), durch zu Wenig eben nur dieses Minus in Judicium deducirt, also die Forderung getheilt [61]); durch zu Viel, weil das Minus im Plus enthalten ist, die nochmalige Klage auf das Minus ausgeschlossen, also auch dieses verloren [62]). Sind mehrere Sachen oder Summen stipulirt, so nehmen die römischen Juristen mehrere Stipulationen an, so daß durch die Klage aus der einen die andere nicht consumirt wird [63]). Dagegen begründet natürlich die alternative Stipulation verschie-

dicatae vel in iudicium deductae summoveri. Für die actio incerti IV. § 131. totius illius iuris obligatio, — illa incerta actione: QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per litis contestationem consumitur.

59) *L. 14. § 2. D. h. t.*

60) Auch hierauf kann *Gai.* IV. § 55. si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, bezogen werden.

61) *Gai.* IV. § 56. *cf.* § 122. *L. 13. D. h. t. Ulp.* quantitas eadem.

62) *Gai.* IV. § 53. *cf. § 3. I. de act.* (4, 6). S. oben § 87 Note 20. Tempus, locus, causa sind Nebenbestimmungen, welche die Obligation nicht zu einer andern machen. *cf.* § 55. Auch kann man nicht sagen, das dare oportere sei ante diem oder ante condicionem noch nicht vorhanden, also nichts in Judicium deducirt; denn Gegenstand der Consumtion ist ja immer nur das behauptete, hypothetische dare oportere. Anders Bekker cit. S. 63 folg. Krüger cit. S. 68 folg.

63) *L. 1. § 5. L. 29. pr. L. 83. § 4. L. 86. L. 134. § 3. L. 140. § 1. D. de verb. obl.* (45, 1). Dieß gilt insbesondre für die Zinsobligation, die Hauptobligation mag re oder verbis contrahirt sein. *L. 1. C. de iud.* (3, 1). *L. 23. D. h. t. cf. L. 24. D. de praescr. verb.* (19, 5). *L. 75. § 9. D. de verb. obl.* (45, 1). Ebenso beim Damnationslegat *L. 35. § 7. D. de mortis causa don.* (39, 6). *cf. L.* 22. *D. eod.* Bei gleichen Summen ist aus der Formula allein nicht zu erkennen, welche gemeint sei; die edirte Urkunde ergänzte dieß.

dener Objecte nur Eine Obligatio, die, wenn der Kläger die Wahl hat, durch die Klage auf Eine derselben consumirt wird[64]). — Aber es kann in der Intentio der Condictio certi eine bestimmte causa debendi genannt und dadurch die Klage auf dasselbe Object aus einem andern Grunde vorbehalten werden; insofern ist dieses auch hier für die Consumtion nicht entscheidend[65]).

Die zahlreichen civilen Contracts- oder Quasicontractsklagen auf Incertum, sie mögen stricti iuris oder bonae fidei sein, werden alle durch den Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses charakterisirt, welchen die Demonstratio: QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, oder QUOD HOMINEM STICHUM AB EO EMIT, oder QUOD MENSAM ARGENTEAM APUD EUM DEPOSUIT, u. s. w. bezeichnet, während die Intentio stets nur das dadurch begründete, seinem Inhalt nach im Judicium näher zu bestimmende Schuldverhältniß mit den Worten: QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET, auch EX FIDE BONA, ausdrückt, und also das Verbindungsglied mit der Condemnatio: EIUS, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA, bildet[66]).

Woran wird nun in diesen Fällen der Gegenstand des Rechtsstreits und der Consumtion erkannt? Zunächst natürlich nicht an der ganz unbestimmten Intentio, sondern, so scheint es,

64) *L. 112. pr. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 1. D. de penu leg.* (33, 9). Ebenso in Bezug auf die Leistung an den Titius oder Seius. *L. 57. § 1. D. de solut.* (46, 3). *L. 16. pr. D. de fideiuss.* (46, 1).

65) *Gai.* IV. § 55. — si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari, eumque ex integro agere posse; — veluti — si quis ex testamento dare sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur. *L. 18. D. de obl. et act.* (44, 7). *Julian.* Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur: si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem. et contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit: quia ab initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta, altera nihilo minus integra remaneret. *L. 93. § 1. D. de leg.* 3. (32). *L. 28. §§ 13. 14. de lib. leg.* (34, 3). Keller cit. S. 285 Note 2.

66) Vgl. oben §§ 87. 93. 94.

an der Demonstratio, welche eine bestimmte causa debendi bezeichnet. Daher gewiß von Consumtion nicht die Rede sein kann, wenn sie das erstemal die actio pro socio oder locati und das zweitemal die actio communi dividundo designirt, gälte es auch denselben Gegenstand [67]). Ebensowenig, wenn beidemal zwar aus gleichartigen, aber thatsächlich verschiedenen causae geklagt wird [68]). Ferner stimmt damit überein, daß durch eine falsche Demonstratio Nichts in Judicium deducirt wird [69]). Allein die darin erwähnte Thatsache selbst kann doch nicht der Gegenstand der Consumtion sein; denn wenn sie an sich wahr ist, so wird sie durch die Litiscontestation nicht unwahr. Es müßte sonst die nochmalige Klage, wie bei der in factum actio, stets nur per exceptionem ausgeschlossen sein; wir haben aber bestimmte Zeugnisse dafür, daß die Consumtion auch bei incertae actiones ipso iure eintrat, was nur für die durch jene Thatsache begründete Obligatio denkbar ist [70]). Also bezeichnet dennoch die Intentio, welche das Schuldverhältniß ausdrückt und nur ihrem Grunde nach durch die Demonstratio näher bestimmt wird, den eigentlichen Gegenstand der Consumtion. Zwar hat man dagegen eingewandt, das dare facere oportere begreife nur die fälligen Leistungen, die Consumtion aber erstrecke sich, wie wir gleich sehen werden, auch auf die zukünftigen [71]). Allein die Forderung: QUIDQUID DARE FACERE

67) In *L. 38. § 1. D. pro socio* (17, 2). altera actione alteram tolli, ist daher die perceptio hinzuzudenken, die in den ganz ähnlichen Fällen *L. 43. D. eod. L. 35. § 1. D. locati* (19, 2) ausdrücklich vorausgesetzt wird. *cf. L. 20. § 4. D. fam. erc.* (10, 2). *Paul.* I. 18. § 1. Anders Krüger cit. S 103 folg.

68) *L. 15. L. 16. D. de neg. gestis* (3, 5). Aus der Formula ist auch dieß nicht zu erkennen.

69) S. oben Note 45.

70) *Gai.* IV. § 107. At vero si in personam actum sit —, ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest. *cf.* §§ 45. 47. — § 132. totius illius iuris obligatio, illa incerta actione: QUIDQUID *rel.* per litis contestationem consumitur.

71) *L. 46. D. de leg.* 2. (31). *Proculus.* Si scripsisset qui legabat: QUIDQUID MIHI LUCIUM TITIUM DARE FACERE OPORTET, SEMPRONIO LEGO, nec adiecit: PRAESENS IN DIEMVE, non dubitarem, quantum ad verborum significationem adtinet, quin ea pecu-

OPORTET ist, wie die des Certum, eine hypothetische und überdieß eine unbestimmte. Hypothetisch fordert der Kläger damit Alles, was aus diesem Grunde ihm geschuldet werden kann, consumirt also auch die Forderung der zukünftigen Leistungen, während der Judex durch dieselben Worte angewiesen ist, ihm nur zuzusprechen, was sich als jetzt geschuldet, also fällig erweisen wird [72]). Ueber den Gegenstand der Demonstratio und Intentio nun noch folgendes Nähere.

Die Demonstratio designirt das zum Grund liegende Rechtsgeschäft bei bonae fidei Obligationen seiner Natur und seinem Gegenstande nach mit aller nur wünschenswerthen Bestimmtheit, z. B. QUOD HOMINEM STICHUM VENDIDIT, oder QUOD MENSAM ARGEN-

nia comprehensa non esset, cuius dies — nondum venisset. *L. 76. § 1. D. de verb. obl.* (45, 1). *Paul.* Cum stipulamur: QUIDQUID TE DARE FACERE OPORTET, id quod praesenti die duntaxat debetur in stipulationem deducitur: non, ut in iudiciis, etiam futurum. et ideo in stipulatione adicitur verbum OPORTEBIT, vel ita PRAESENS IN DIEMVE *rel. L. 89. L. 125. D. eod.* Dieser Satz wird von Keller, Hall. Jahrb. 1846. S. 354 folg. gegen Buchka siegreich behauptet.

72) Die genauere Form ist daher: QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE (s. oben § 93 Note 52), worin das SI PARET der Condictio certi eingeschlossen ist. Die Novation einer bedingten Obligation ist mitbedingt. *L. 8. § 1. L. 14. § 1. D. de nov.* (46, 2). Die L. C. oder das Judicium acceptum aber, als Mittel über die Existenz der Obligation Gewißheit zu erlangen, consumirt diese als Actio unbedingt, verpflichtet aber den Beklagten zur Leistung des Judicats nur bedingt. Darin liegt die von Keller, Hall. Jahrb. cit. hervorgehobene, aber nicht befriedigend erklärte Incongruenz der Consumtion und Condemnation. S. dagegen Bekker cit. S. 65 folg., der jedoch übersieht, daß auch die petitio certi diese doppelte Natur hat. S. oben Note 62. Vgl. Keller cit. S. 255 folg. 516 folg., welcher S. 259 Note 26 dem richtigen Gedanken nahe war und durch dessen weitere Verfolgung die Wahrheit erfaßt haben würde. Wenn Rudorff, Rechtsg. II. S. 117 Note 8 eine plus petitio tempore behauptet, so beachtet er nicht, daß diese bei der condictio certi ante diem zwar stattfindet (s. oben Note 62), dagegen bei der Forderung dessen, was überhaupt aus diesem Grunde mir geschuldet wird, QUIDQUID u. s. w., gar nicht denkbar ist. *Gai.* IV. § 54. Auch Cicero *de or.* I. 37. ante petitam esse pecuniam, quam esset coepta deberi, hat sich zwar juristisch ungenau ausgedrückt, aber gewiß nicht gegen die Logik gefehlt. In keiner Weise kann ich Krüger's cit. S. 71 folg. Lösungsversuch beistimmen, wonach dennoch ein facere oportere vor dem dies, also Consumtion statt finden (vgl. S. 68 Note 6) und eine cautio iudicialis (bei stricti iuris Klagen?) den Nachtheil abwenden soll.

TEAM DEPOSUIT u. s. w., und wenn etwas daran fehlen sollte, kann dieß der Judex durch sein freies Arbitrium ersetzen. Bei stricti iuris Obligationen, wo er streng an die Formel gebunden ist, würde die größtmögliche Bestimmtheit rücksichtlich des Gegenstandes einen Widerspruch mit der Natur des Incertum, also auch der Intentio enthalten und die Sache selbst gefährden. Deshalb wird in der Demonstratio zwar das Rechtsgeschäft, z. B. Stipulation oder Legat bestimmt, der Gegenstand aber nur mit dem allgemeinen Ausdruck INCERTUM bezeichnet [73]). Dem Zweifel des Beklagten vor der Einlassung, welches Geschäft damit gemeint sei, wurde, wie wir gesehen, durch Edition der darüber errichteten Urkunde begegnet [74]). Nur bei prätorischen Stipulationen, die, abgesehen von einer Poena, allemal auf Incertum gehen, beschreibt der solenne Name derselben in der Demonstratio einen bestimmten Kreis von Verpflichtungen [75]). Wie aber in jenem Fall mit der Consumtion? Ueber sie entschied bei dieser unvermeidlichen Unbestimmtheit der Formula die Clausel: QUA DE RE AGITUR, und zwar wird diese nach der in den Verhandlungen in iure und in iudicio hervorgetretenen Absicht des Klägers ausgelegt [76]), in Bezug auf Consumtion aber im Zweifel das Minus als in Judicium deducirt angenommen [77]).

73) S. oben § 87 Note 16.

74) S. oben § 86 Note 8. Auch bei der condictio certi konnte diese Ergänzung nothwendig werden. S. Note 63.

75) Z. B. DAMNI INFECTI *Lex Rubria c.* 20. v. 33. 40. REM PUPILLI SALVAM FORE, IUDICATUM SOLVI, RATAM REM HABERI u. s. w. *Rubr. edicti* in *Dig.* 46, 6. 7. 8.

76) Vgl. § 100 Note 6. Die dort angeführten Stellen, namentlich *L. 61. pr. D. de iudic.* (5, 1) beziehen sich nicht auf die Consumtion, sondern die Verhandlung in iudicio, welche freilich selbst wieder die Absicht des Klägers kund thun kann.

77) *L. 20. D. h. t. Pomp.* Si ex testamento actum sit cum herede ab eo, qui cum totum argentum ei legatum erat, mensas duntaxat sibi legatas putaret, earumque duntaxat aestimationem in iudicio fecisset: postea eundem petiturum de argento quoque legato Trebatius ait; nec obstaturam ei exceptionem [*sc. rei in iudicium deductae*]; quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset, nec iudex in iudicio sensisset. *L. 21. pr. D. eod. Idem.* Si cum argentum mihi testamento legatum esset, egerim cum herede, et postea codicil-

Was den Gegenstand der Obligation betrifft, so wird dieser nicht bloß um seiner ursprünglichen, relativen Unbestimmtheit willen in der Intentio durch QUIDQUID u. s. w. bezeichnet, sondern auch weil er einer Erweiterung aus verschiedenen Gründen und auf verschiedenartige Leistungen fähig ist. Hier machte sich nun das Bedürfniß einer Theilung fühlbar, indem der Kläger wegen der Einen Leistung jetzt, wegen der andern erst später zu klagen veranlaßt sein konnte. Den Umfang seiner Klage und der Consumtion auch in dieser Beziehung nur von seiner Absicht abhängig zu machen, war bedenklich; der Prätor gestattete deshalb durch eine der Formula vorangeschriebene, also mit der Demonstratio verbundene Clausel, eine Präscriptio, die erste Klage zu beschränken, z. B. bei Terminzahlungen, welche mit einer actio incerta eingeklagt werden[78]), durch die Worte: EA RES AGATUR, CUIUS REI DIES FUIT, welche die fälligen Termine als Gegenstand der dießmaligen Klage bezeichnen und die zukünftigen vorbehalten[79]). Ebenso in an-

lis prolatis vestem quoque mihi legatam esse appareat: non est deducta in superius iudicium vestis causa; quia neque litigatores, neque iudex de alio, quam de argento actum intellegant. In dieser zweiten Stelle scheint die editio instrumentorum vorausgesetzt zu werden, obgleich diese nicht entscheidend ist. Keller, Civilpr. Note 472 hat seine frühere Auslegung dieser Stellen L. C. und Urtheil S. 540 selbst zurückgenommen.

78) *L. 76. § 9. D. de verb. obl.* (45, 1). S. folg. Note.

79) *Gai.* IV. § 131. Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid iam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est. velut cum in singulos annos vel menses certam pecuniam stipulati fuerimus: nam finitis quibusdam annis aut mensibus, huius quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur, praestatio vero adhuc nulla est. si ergo velimus id quidem, quod praestari oportet, petere et in iudicium deducere, futuram vero obligationis praestationem in incerto relinquere, necesse est ut cum hac praescriptione agamus: EA RES AGATUR, CUIUS REI DIES FUIT. alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cuius intentio his verbis concepta est: QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE EACERE OPORTERE, totam obligationem, id est etiam futurorum annorum in hoc iudicium deducimus et [*quia per litis contestationem consumitur, nulla nobis actio superest, si postea de reliqua praestatione agere velimus*]. Huschke's dem Sinn nach richtige Restitution.

dern Fällen, wo ein Thun oder ein Unterlassen stipulirt ist, und durch ein wiederholtes Zuwiderhandeln eine mehrmalige Klage nothwendig wird. Auch hier muß der Kläger das erstemal durch eine Präscriptio befürworten, daß es sich nur um diese erste Uebertretung handle, um sich wegen der spätern die Schadensklage vorzubehalten[80]).

80) *L. 133. D. de verb. obl.* (45, 1). *Scaev.* Si sic stipulatus sum: NEQUE PER TE, NEQUE PER HEREDEM TUUM VIM FIERI SPONDES? et egi: QUOD MIHI VIM FECERIS, recte remanere factum heredis in stipulatione. nam ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio: non enim ad unam vim pertinet. nam sicut et ipsius et heredis caput, ita ipsius vis vel saepius facta complectitur, ut condemnetur quanti interest. Aut si sic volumus factam esse stipulationem: NEQUE PER TE, NEQUE PER HEREDEM TUUM FIERI, ut ad unam vim primam teneat: SI VIM FECERIT, amplius ex heredis committi non poterit: ergo si actum sit quasi ex ipsius vi, tota (*sc. stipulatio*) consumpta sit? quod non est verum. Die Präscriptio lautete: EA RES AGATUR, QUOD NUMERIUS NEGIDIUS AULO AGERIO VIM FECERIT. Kein Wunder, daß die Interpreten vor Gaius' Entdeckung, von den Glossatoren an, mit dieser Stelle nicht fertig werden konnten; die neueren Schriftsteller scheinen diese und die gleich folgende übersehen zu haben. — Ebenso bei prätorischen Stipulationen. Für das mehrmalige Committiren der Stipulation vgl. *L. 34. § 1. D. de recept.* (4, 8). *L. 1. § 6. D. usufr. quemadm. cav.* (7, 9). *L. 3. § 9. D. si cui plus* (35, 3). *L. 18. D. ratam rem hab.* (46, 8). *Pomp.* Si procurator RATAM REM DOMINUM HEREDEMVE EIUS HABITURUM caverit, et unus ex heredibus domini ratum habeat, alter non habeat, sine dubio committetur stipulatio pro ea parte, pro qua ratum non habebitur: quia in id committitur, quod stipulatoris intersit. nam et si ipse dominus pro parte ratum habuerit, pro parte non habuerit, non ultra quam in partem committetur stipulatio: quia in id committitur, quod intersit agentis. et ideo saepius ex ea stipulatione agi poterit, prout intersit agentis: QUOD LITIGAT, QUOD CONSUMIT, QUOD ADVOCAT, QUOD DAMNATUS SOLVIT. Sicut in stipulatione damni infecti accidere potest, ut is qui stipulatus sit subinde agat: cavet enim: SI QUID IBI RUET, SCINDETUR, FODIETUR, AEDIFICABITUR. Finge ergo subinde damnum dari: non erit dubium quin agere possit. Nam si toto damno computato tunc agendum est, propemodum non ante aget, quam dies stipulationis praeterierit, intra quem si damnum datum sit, stipulationi cautum erit: quod verum non est. Auch hier scheinen die Worte QUOD LITIGAT u. s. w. die Formel der Präscriptio in der Klage des Stipulator gegen den Promissor in Bezug auf die verschiedenen Stadien der erneuerten Klage des Dominus gegen ihn und den dadurch erlittenen Schaden: daß er überhaupt wieder Prozeß führen muß,

Um so mehr ist diese Theilung der Schuldforderung bei bonae fidei Obligationen Bedürfniß, die häufig auf einen weiten Kreis von Leistungen gerichtet und für die verschiedenartigsten Erweiterungen empfänglich sind. So kann z. B. der Käufer einer res mancipi veranlaßt sein, zunächst nur auf Mancipation zu klagen, und die Forderung der Besitzübergabe durch die Präscriptio EA RES AGATUR, DE FUNDO MANCIPANDO, sich für später vorbehalten. Denn wenn er pure geklagt, und im Judicium das Interesse der Besitzübertragung nicht gefordert hätte, so würde er durch die Formula incerta das ganze Schuldverhältniß in Judicium deducirt und die Nachforderung wegen Tradition verloren haben [81]). Ebenso bei der Klage des Verkäufers oder des Gläubigers bei andern bonae fidei Contracten in Bezug auf Capital und Zinsen [82]). Auch das contractswidrige Thun kann bei bonae fidei Obligationen eine mehrmalige Schadensforderung nothwendig machen, die durch einen Vorbehalt oder Zusatz in der Formel gesichert wird [83]).

Eine besondere Betrachtung verdienen die prätorischen in

daß er Kosten davon hat, einen Advokaten annehmen, endlich das Judicat zahlen muß, als Grundlage seiner dießmaligen Schadensklage zu enthalten, die er später aus einem andern Grunde erneuern kann. Ebenso bei Damnum infectum, für deren Formel zu vergleichen *L. 43. pr. D. de damno infecto* (39, 2).

81) *Gai.* IV. § 131. — item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita praescribere: EA RES AGATUR, DE FUNDO MANCIPANDO: ut postea si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda ea vel ex stipulatu vel ex empto agere possimus. alioquin *rel.* S. oben Note 79. Wegen sonstiger Leistungen s. *L. 13. § 3. D. de iureiur.* (12, 2). *L. 1. pr. D. de permut.* (19, 4) u. s. w.

82) *L. 13. C. I. de usur.* (4, 32). *L. 4. C. I. depositi* (4, 34). *L. 23. fin. D. h. t.* Im Sinne des Justinianischen Rechts wird die Consumtion auf das Urtheil bezogen und von dem möglichen Vorbehalt ist keine Rede.

83) *L. 22. fin. D. h. t. Paul.* — Et si actum sit (*sc. depositi*) cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis ageretur, exceptio rei iudicatae non nocebit: quia de alia re agitur. Auch hier ist natürlich weder von der exceptio rei in iudicium deductae, noch von der Fassung der Formel, wodurch diese verhütet wurde, die Rede. Keller cit. S. 538 vermuthet eine adiectio, wie bei der actio de peculio. Die formula in factum concepta (*Gai.* IV. § 47.) konnte denselben Dienst leisten. S. die folg. Note.

factum actiones. Indem ihre Intentio die Thatsache, welche dießmal in Judicium deducirt, d. h. zum Gegenstand der Untersuchung und zur Bedingung der Condemnation gemacht wird, bestimmt bezeichnet, ist die Klage aus einer andern Thatsache, wenn sie auch mit jener durch Einen allgemeinen Obligationsgrund verbunden ist, schon an sich vorbehalten, so daß es einer Präscriptio hier nicht bedarf[84]). Wie aber, wenn die Intentio zugleich ein Rechtsverhältniß als thatsächliche Bedingung der Klage ausspricht? Ist z. B. durch Anstellung der actio constitutoria das in ihrer Intentio behauptete Debitum[85]), also die sortis obligatio, consumirt? Die römischen Juristen waren darüber in Zweifel und hielten es für das Sichrere, daß erst die Erfüllung beide Schuldverhältnisse zerstöre[86]). Außer Zweifel war es wohl, daß in den Fällen, wo der Prätor für dasselbe Klagrecht zwei verschiedene Formeln, z. B. eine for-

84) So konnte mit der ädilicischen actio quanti minoris einmal propter servi fugam, das zweite Mal propter morbum geklagt werden. *L. 31. § 16. D. de aed. ed.* (21, 1). *L. 32. § 1. D. de evict.* (21, 2). Wenn überhaupt de sanitate und de uno vitio geklagt wird, so kann der Kläger praedicere, ut si quid aliud vitium postea apparuisset, de eo iterum ageretur *L. 48. § 7. D. eod.*, wodurch nicht sowohl der exceptio rei in iudicium deductae, als dem Einwande, daß er den Fehler gekannt, oder im Uebrigen die Sache approbirt habe, vorgebeugt wird. Vgl. *L. 48. § 4. L. 14. § 10. D. eod.* Etwas anders Keller cit. S. 529 Note 3. Ueber das Verhältniß der beiden ädilicischen Klagen zu einander wage ich kein Urtheil. *L. 25. § 1. D. de exc. rei iud.* (44, 2) beziehe ich auf die positive Function der exc. rei iud. Anders Krüger cit. S. 102.

85) S. oben § 96 Note 59.

86) *L. 18. § 3. D. de pec. const.* (13, 5). *Ulp.* Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione: quoniam solutio ad utramque obligationem proficit. — Dieselbe Frage kann für die actio hypothecaria aufgeworfen werden. S. oben § 96 Note 57, insbesondere wenn zuerst gegen den dritten Besitzer des Pfandes und dann gegen den Schuldner persönlich geklagt wird, wo diesem die exceptio rei in iudicium deductae gewiß nicht zustand. — Endlich: wurde durch die actio ficticia, deren Formel das EIUS ESSE oder DARE OPORTERE als hypothetische Voraussetzung aussprach, die directa consumirt? Konnte man z. B. erst mit der Publiciana und dann mit der rei vindicatio gegen denselben klagen oder umgekehrt? Ich verzichte auf die Beantwortung dieser Fragen, weil

mula in ius und eine in factum concepta gab, Jenes durch den Gebrauch der Einen oder der Andern consumirt wurde[87]).

Bei Delictsklagen ist das Consumtionsprincip durch seine streng formellen Bedingungen einerseits weniger schädlich, andrerseits im Interesse wahrer Gerechtigkeit durch zwei materielle Rechtsprincipien ergänzt. Denn wenn durch dieselbe Missethat verschiedene Rechte, z. B. die Person für sich und zugleich in ihrer Beziehung auf Sachen, vielleicht auch noch ein Contractsrecht oder die Aequitas verletzt ist, also auch mehrere verschiedene Klagrechte, z. B. actio iniuriarum und legis Aquiliae, legis Aquiliae und commodati, actio furti und condictio furtiva, begründet sind, so wird natürlich durch Anstellung der einen Klage die andere nicht consumirt, und ist dem Kläger gestattet, es mit der Einen und dann mit der Andern zu versuchen, was einem Uebelthäter gegenüber auch durchaus kein Bedenken hat. Allein wenn es im ersten Prozeß zu einem absolutorischen Urtheil gekommen ist, so wird durch dessen Rechtskraft häufig auch die zweite Klage ausgeschlossen sein[88]); und wenn der Kläger in Folge des condemnatorischen Urtheils seine Befriedigung erhalten hat, so ist die zweite Klage nur insofern zulässig, als sie auf einen andern Zweck geht, z. B. auf Poena, wenn jene auf Schadensersatz ging, oder umgekehrt[89]).

ich es für unsre Aufgabe halte, die sicher bezeugten rechtlichen Vorstellungen der Römer zu begreifen, nicht in gewagten Vermuthungen sich zu versuchen, zumal wenn jene dadurch ungewiß gemacht werden sollen. Vgl. Krüger cit. S. 36 folg.

87) Es ist eadem res oder eadem actio, z. B. actio depositi im materiellen Sinn, wenngleich zwei Formulae, es mag also res, de qua agitur in der Demonstratio oder in der Intentio designirt sein. *Gai.* IV. § 60. Eben dahin möchte ich die actio tutelae und de rationibus distrahendis rechnen. *L. 1. § 21. D. de tutelae* (27, 5). *Ulp.* — ex una obligatione duas esse actiones constat. Anders Krüger cit. S. 105.

88) Nehmlich, wenn wirklich eadem quaestio, d. h. hier dieselbe Thatfrage, in dem einen und andern Prozeß zur Entscheidung kommt.

89) Ueber das Verhältniß dieses Grundsatzes der Klagenconcurrenz zu dem Consumtionsprincip vgl. Keller cit. § 55, der mit Recht bemerkt, daß es für die in Frage kommenden Pandektenstellen durchaus zweifelhaft bleibt, ob auch

2) Die persönlichen Bedingungen der Consumtion, insbesondere der exceptio rei in iudicium deductae, fallen mit den sachlichen insofern zusammen, als dieselbe Sache (eadem res), d. h. dasselbe Klagrecht (eadem actio) nur für dieselben Personen stattfindet, der Rechtsstreit unter andern Personen regelmäßig ein anderer ist [90]). Doch leidet dieß in allen den Fällen eine Ausnahme, wo dasselbe Klagrecht sich auf mehrere Kläger oder Beklagte oder auf dritte Personen bezieht. Diese Fälle haben wir oben (§§ 100. 101) kennen gelernt. Es sind folgende:

a) Von mehreren pro parte berechtigten Klägern kann Jeder nur seinen Theil in Judicium deduciren und consumiren, und ebenso nur gegen Einen von mehreren pro parte Verpflichteten [91]). Von mehreren in solidum Berechtigten aber, z. B. mehreren correi credendi oder mehreren Miteigenthümern des herrschenden Grundstückes deducirt jeder Einzelne die ganze Obligation oder die ganze Prädialservitut in Judicium und consumirt dadurch auch das Klagrecht der Uebrigen. Ebenso gegen mehrere in solidum Verpflichtete, z. B. mehrere correi debendi oder mehrere Miteigenthümer des dienenden Grundstücks [92]).

b) Bei den s. g. actiones adiecticiae qualitatis wird durch die Klage gegen den Repräsentanten oder gegen den Herrn das ganze Schuldverhältniß, welches nur Eines ist, consumirt; also der Eine und Andere kann gegen die erneuerte Klage sich

nur Eine derselben von der Consumtion des Klagrechts durch Litis Contestatio spricht, d. h. diese für ausgeschlossen erklärt. Savigny, System V. § 231 folg.

90) Daher die römischen Juristen sie unmittelbar zu den sachlichen Bedingungen stellen. *L. 27. D. h. t. Nerat.* Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae *rel. L. 14. pr. eod. Paul.* eadem condicio personarum. *cf. L. 10. D. de except.* (44, 1). *L. 25. § 2. D. h. t.* Das Princip, das auch die Ausnahmen umfaßt, enthält in Bezug auf die positive Function der exc. rei iudicatae *L. 4. D. h. t. Ulp.* Rei iudicatae exceptio tacite continere videtur omnes personas, quae rem in iudicium deducere solent.

91) S. § 101 Note 54. 56. 65.

92) Vgl. § 101 Note 57. 58. 73.

durch die exceptio rei in iudicium deductae darauf berufen [93]).

c) Der Erbe und der Singularsuccessor des frühern Klägers oder Beklagten sind Dritte; da sie aber in deren Rechte und Pflichten eintreten, so findet auch die exceptio rei in iudicium deductae activ und passiv für sie statt [94]).

d) Der Cognitor, Procurator, Tutor, Curator und Actor Municipum deduciren in Judicium; der Dominus als Kläger muß dieß gegen sich gelten lassen. Von Seiten des Beklagten kommt auch noch der Defensor in Betracht; die Consumtion des Klagrechts kommt in allen diesen Fällen ihm zu Gute [95]).

B) Die negative Wirkung der Litiscontestation ist überall die Aufhebung des Klagrechts als solchen, d. h. des Rechts des Klägers, insofern es durch Klage verfolgt werden kann, nicht dieses Rechts für sich betrachtet und insofern es andere Wirkungen hat. Denn der Grundgedanke bleibt immer der: bis de eadem re agere non licere. Dieß ist unbestritten für die in rem actio; nicht das Eigenthum ist consumirt, was undenkbar wäre, sondern die Eigenthumsklage gegen diesen Beklagten. Dasselbe muß aber auch für die in personam actio gelten, obgleich hier obligatio und actio sich näher stehen, und ausdrücklich gesagt wird, die Obligatio werde consumirt [96]). Allein eben so bestimmt bezeugen die Quellen, daß nur die zweite Klage ausgeschlossen sei, daß die Obligatio als nicht klagbare (obligatio naturalis) fortbestehe [97]), so daß also

93) *L. 32. pr. D. de peculio* (15, 1). *L. 1. § 24. D. de exact. act.* (14. 1). *cf. L. 9. § 1. D. de trib. act.* (14, 4). *L. 4. § 5. D. quod cum eo* (14, 5). Oben § 100 Note 36. 37.

94) *L. 10. D. de except.* (44, 1). *L. 28. L. 9. § 2. D. h. t.* Die Stellen beziehen sich auf die positive Function der exceptio rei iudicatae, gelten aber auch für die negative.

95) *L. 11. § 7. D. h. t.* Vgl. § 100 Note 108. 109. 117. 129. 130.

96) S. Note 22. 58.

97) *L. 60. pr. D. de cond. ind.* (12, 6). *Paul.* Iulianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc iudicio, negabat solventem repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset. licet enim absolutus sit, natura tamen debitum permanet. Die Allgemeinheit des Ausdrucks läßt keinen Zweifel, daß dieß für die

dort Obligatio in dem sehr gewöhnlichen prägnanten Sinne für die klagbare Obligation zu nehmen ist [98]). Bestätigt wird dieß dadurch, daß alle der Obligatio naturalis eigenthümlichen indirecten Wirkungen, soluti retentio [99]), compensatio [100]), accessorische Rechte, z. B. Pfandrechte, fortdauern [101]), ja neu darauf gegründet werden können, z. B. Bürgschaft [102]). Die Rechtskraft des Urtheils freilich kann der Geltendmachung auch dieser Rechte entgegenstehen [103]).

Daß gegen die Folgen des Consumtionsprincips, insofern es als rein formales mit den Forderungen wahrer Gerechtigkeit in Conflict kam, vom Prätor Hülfe gewährt wurde, darf man erwarten. Er that dieß gewiß von jeher durch in integrum restitutio, wie er ja überhaupt selbst den Kläger gegen eine durch Litiscontestation unabänderlich gewordene formula iniqua restituirte, wenn eine iusta causa, z. B. minor aetas, vorlag [104]). So namentlich, wenn bei der actio tutelae auf Rechnungslegung des Tutors einzelne Posten vergessen worden,

Aufhebung sowohl ipso iure, als per exc. rei in iudicium deductae gilt. Vgl. überhaupt Savigny, Obl.-R. I. § 11 S. 81 folg.

98) Vgl. z. B. *L. 22. pr. D. de reg. iur.* (50, 17) *L. 7. §§ 2. 4. 5. D. de pactis* (2, 14). Savigny, Oblig.-R. I. S. 36.

99) *L. 60. pr. cit.* Note 97. *L. 28. D. de cond. ind.* (12, 6). *L. 50. § 2. D. de peculio* (15, 1).

100) *L. 8. D. de compens.* (16, 2). *cf. L. 6. eod.*

101) *L. 27. D. de pign.* (20, 1). *L. 11. pr. § 1. D. de pign. act.* (13, 7). Das Pfandrecht dauert auch mit der naturalis obligatio fort, wenn das Judicium durch Zeitablauf erlischt. *L. 30. § 1. D. ad leg. Aquil.* (9, 2).

102) *L. 8. § 3. D. de fideiuss.* (46, 1). *Ulp.* Et post litem contestatam fideiussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio. et hoc et Iulianus admittit, et hoc iure utimur. *L. 50. § 2. D. de peculio* (15, 1). *Pap.*

103) Wie der Bürge überhaupt wegen seines Regresses gegen den Hauptschuldner dessen sachliche Einreden hat, *§ 4. I. de replic.* (4, 14). *L. 32. D. de pactis* (2, 14). *L. 9. § 3. D. de SC. Mac.* (14, 6), so auch, wenn die Klage gegen ihn nicht consumirt ist, die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function. *L. 7. § 1. D. de except.* (44, 1). *L. 21. § 4. D. h. t.* Ebenso hat der Schuldner, in Folge des absolutorischen Urtheils in der persönlichen Klage, diese Einrede gegen die actio hypothecaria. *L. 13. D. quib. mod. pign.* (20, 6). Vgl. Savigny, System § 250 Note g. V. S. 388 gegen Bekker cit. S. 288.

104) *Gai.* IV. § 57.

deren Vorbehalt durch eine Präscriptio nicht einmal möglich, also die ganze Obligation in Judicium deducirt und consumirt war [105]). In der Zeit der spätesten Classiker wird selbst eine exceptio oder replicatio doli zum Schutz des materiellen Rechts gegen das formelle Consumtionsprincip gegeben, wodurch dasselbe in diesen Fällen fast als aufgegeben erscheint [106]). Ebenso zum Behuf wiederholter Anstellung der actio de peculio auf Grund sachlicher Billigkeit [107]).

II) Die positive Wirkung der Litiscontestation besteht in der Begründung einer neuen Obligatio, in welcher der Beklagte Schuldner ist [108]); daher er auch vorzugsweise reus heißt [109]). Ihren Inhalt bestimmt ein altes Rechtssprüchwort durch condemnari oportere [110]), offenbar nach Maßgabe der Condemnatio in der von ihm angenommenen Formula [111]). Wie diese aber allemal bedingt ist durch die Intentio SI PARET, zuweilen auch durch ein Arbitrium NISI RESTITUAT, oder eine Exceptio NISI CONVENIT u. s. w., so ist auch diese neue Schuld des Beklagten eine bedingte, d. h. von dem Ausgang des Prozesses, der Condemnation oder Absolution abhängige. Unbedingt hat er sich durch die Litiscontes-

105) Für die Consumtion s. *L. 4. C. I. de iudiciis* (3, 1). *L. 3. C. I. de except.* (8, 36). Für die in integrum restitutio *L. 25. D. de adm. tut.* (26, 5). *L. 1. C. I. si advers. tut.* (2, 27). Auch actio doli konnte eintreten. *L. 19. C. I. de transact.* (2, 6).

106) *L. 46. § 5. D. de adm. tut.* (26, 5). *L. 2. C. I. de iud.* (3, 1).

107) Vgl. Keller cit. § 64 und andre Fälle bei Krüger cit. S. 133.

108) *Gai.* III. § 180. incipit teneri reus litis contestatione. Oder der Dritte, der in seinem Namen litem contestirt hat. S. § 100 Note 104. Neben der naturaliter fortbestehenden ursprünglichen Obligation wird diese civilis genannt in *L. 8. § 3. D. de fideiuss.* (46, 1). *Ulp.* — post litem contestatam — et civilis et naturalis subest obligatio.

109) S. § 100 Note 3.

110) *Gai. cit.* et hoc est, quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere.

111) Also allemal zu Geld, was auch das ursprüngliche Object der Klage gewesen sein mag; ferner mit den der Condemnatio hinzugefügten Beschränkungen, Taxatio, de peculio, in quantum facere potest u. s. w.

station (iudicium acceptum) nur verpflichtet, seine Sache im Judicium zu vertreten[112]) und sich seinem eventuellen Ausgang zu unterwerfen[113]). Ja, insofern die Condemnation den ihm nachtheiligen Ausgang des Prozesses keineswegs für alle Fälle und erschöpfend bezeichnet, vielmehr auch die Pronuntiatio und deren Rechtskraft in Betracht kommt, dürfen wir sagen, daß der Beklagte sich auch diesem Erfolg durch die Litiscontestation unterworfen habe, und daß, wenn derselbe eingetreten ist, die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function es sei, durch welche diese nun purificirte Verpflichtung gegen ihn geltend gemacht werde. Ebenso hat aber auch der Kläger sich durch die Litiscontestation diesem Judicium und seinem Ausgang unterworfen, eine Verpflichtung, welche, wie wir gesehen, die exceptio rei in iudicium deductae und nach erfolgtem Urtheil die exceptio rei iudicatae begründet[114]). Auch darin also weicht die Litis Contestatio als prozessualischer Vertrag von der Stipulation ab, daß sie, obgleich strengrechtlicher Natur, gegenseitige Verpflichtungen erzeugt. Ihr Inhalt hat aber, wie bereits angedeutet worden, eine zwiefache Beziehung: 1) auf den Prozeß während seiner Dauer, 2) auf seinen Ausgang und die Sache selbst.

112) Dieser unbedingten Verpflichtung des Beklagten entspricht die seiner Bürgen in der clausula de re defendenda; jener bedingten die clausula de iudicato solvendo *L. 6. L. 17. D. iud. solvi* (46, 7), und wie diese der ganzen Stipulation IUDICATUM SOLVI den Namen giebt, so kann auch die Hauptschuld repräsentativ durch condemnari oportere bezeichnet werden. *L. 8. § 3. D. cit.* Note 108 unterscheidet den Fidejussor iudicati actionis acceptus und litis exercitationis.

113) Von dem Hauptschuldner gilt auch in dieser Beziehung, was von dessen Bürgen gesagt wird. *L. 3. pr. D. iud. solvi* (46, 7). *Ulp.* — sententiae se subdiderunt. Natürlich dem Widersacher, nicht dem Richter gegenüber; es ist also keine „staatsrechtliche Verpflichtung". Vgl. Krüger cit. S. 47 folg.

114) Sie ist der Verpflichtung aus Transact, Eid und pactum de non petendo verwandt, und ihr parallel geht die Verpflichtung des Klägers und seiner Bürgen in der cautio de rato. — Diese in meiner Recension S. 80 folg. aufgestellte Ansicht, welche Keller in der Recension des Buchka'schen Buches S. 363 mit den Worten „Wie schief und dürr" u. s. w. bekämpft, dürfte sich also wohl quellenmäßig begründen lassen.

A) Für die Dauer des Prozesses haben die Partheien in seine durch die Litiscontestation festgestellte Form gewilligt:

1) in diesen Gerichtsstand, der, wenn er auch an sich nicht begründet gewesen, durch ihre in der Einlassung liegende stillschweigende Einwilligung unwiderruflich begründet ist [115]);

2) in diesen Geschwornen, der durch die Litiscontestation Judex wird [116]), so daß die Partheien, die in seine Person gewilligt, keine Einwendungen gegen ihn mehr vorbringen können [117]). Recht deutlich zeigt sich hier die Natur der Litis Contestatio als Vertrag der Partheien; der Prätor ist dadurch nicht gebunden, er kann die in der Formula ausgesprochene Ermächtigung des Judex zurücknehmen und einen andern bestellen [118]). Ebenso kann auch der Geschworne, der zu seiner Ernennung nicht mitgewirkt hat, ehe er sein Geschäft übernimmt und selbst nachher aus bestimmten Gründen sich excusiren [119]);

3) in diesen Gegner, Cognitor, Procurator, Defensor u. s. w. und die eigene Stellung zu ihm [120]), vorbehaltlich natürlich der Umschreibung der Formula auf einen Andern, wenn sie als nothwendig oder als billig durch den Prätor causa cognita zugelassen wird [121]);

4) in diese Formula, die, wenn der eine oder andere Theil nach der Litis Contestatio sich überzeugt, daß sie ihm nachtheilig (formula iniqua) sei, nur in Folge einer in integrum restitutio abgeändert werden kann [122]).

B) Für den Ausgang des Prozesses und die Sache selbst, die Bedingungen und den Gegenstand der Condemna-

115) S. oben Note 32 und § 73 Note 13.

116) S. § 71 Note 55.

117) Vgl. § 101.

118) S. § 70 Note 20, § 101 Note 33.

119) S. § 71 Note 54, § 101 Note 30. 32. Aehnlich wie der Tutor, der durch das Decret des Prätors bestellt wird, dennoch aber sich noch excusiren und von diesem Amt entbunden werden kann.

120) *L. 8. § 2. L. 32. L. 40. § 3. L. 57. § 1. L. 64. D. de procur.* (3, 3) u. s. w.

121) S. § 100 Note 187 folg.

122) *Gai.* IV. §§ 57. 125. *L. 3. C. I. de edendo* (2, 1). *cf. L. un. C. I. de lit. cont.* (3, 9).

tion, des Ziels der Klage, ist die Litis Contestatio entscheidend. Denn wie der Eintritt einer Bedingung auf den Zeitpunkt des Contracts zurückbezogen wird [123]), so wird auch das Urtheil zurückbezogen auf den Zeitpunkt der Litiscontestation, durch welche der Beklagte sich eventuell jenem schon unterworfen hat, und also die unvermeidliche Dauer des Rechtsstreits mit allen darin eingeschlossenen Zufälligkeiten rechtlich für den Kläger unschädlich gemacht [124]). Ehe wir auf die Consequenzen dieses wichtigen Grundsatzes eingehen, sind zwei allgemeine Modificationen desselben zu bemerken: 1) im Interdictsprozeß knüpfen sich diese Wirkungen nicht an die Litiscontestation, sondern schon an das interdictum redditum [125]), hier also an das Decret des Prätors, wie dort an die unter der Autorität des Prätors geschlossene Uebereinkunft der Partheien [126]). 2) Als ein Grundsatz des strengen, formalen Rechts wird er bei freien Klagen (actiones bonae fidei und arbitrariae) beschränkt durch die Berücksichtigung individueller Umstände [127]). In der folgenden Entwicklung des Grundsatzes unterscheiden wir die Bedingungen und den Gegenstand der Klage und Condemnation [128]), obgleich beides in einander greift.

1) Die Bedingungen des Klagrechts betreffen theils seine wesentliche Begründung, theils seinen zufälligen Untergang.

123) Wohl verstanden: ich behaupte nicht die Anwendung dieses Grundsatzes auf die L. C., sondern die Analogie beider Fälle, welche darauf beruht, daß das Moment der Zeit in beiden Fällen ein zufälliges ist.

124) Auf diesen allerdings wichtigen, in der Idee der Gerechtigkeit liegenden Zweck reducirt Savigny, System VI. S. 35 die Wirkung der L. C. überhaupt. Diese Auffassung ist, wie mir scheint, einseitig und drückt wichtige Seiten des ganzen Verhältnisses nicht aus.

125) S. oben § 98 Note 98—100.

126) S. oben Note 3.

127) Es ist dieß nicht als Begünstigung des einen oder andern Theils aufzufassen, wie allerdings die ganz singuläre Bestimmung der *L. 37. pr. § 16. D. de op. lib.* (38, 1) eine solche enthält.

128) So auch Savigny, System VI §§ 260—277, der die Sache erschöpfend behandelt, während wir nur die Hauptpunkte in möglichster Kürze hervorheben und die mehr dem materiellen Recht angehörigen Fragen, Mora, Bona fides u. s. w. ausschließen. Vgl. auch Keller cit. §§ 15—23.

In der Person des Klägers wird das der Klage zum Grund liegende Recht zur Zeit der Litis Contestatio vorausgesetzt, soll anders der Beklagte verurtheilt werden. Der Erwerb desselben erst im Lauf des Prozesses wendet dessen Verlust nicht ab; doch ist die darauf gegründete zweite Klage nicht ausgeschlossen [129]). Umgekehrt muß also auch der Verlust des Rechts dem Kläger nicht schaden, doch greifen hier meist noch andere Grundsätze ein. Die freiwillige Veräußerung seines Rechts, insofern diese durch das Verbot der alienatio rei litigiosae nicht ausgeschlossen ist, also namentlich an den Beklagten, macht dem Rechtsstreit ein Ende, und an einen Dritten überträgt sie ihn auf diesen [130]). Der Erwerb des Beklagten gegen den Willen des Klägers wird aber sonst unschädlich gemacht [131]). Bei der actio ad exhibendum als einer arbiträren Klage wird das Interesse der Exhibition in beiden Zeitpunkten, der Litiscontestation und des Urtheils, verlangt [132]).

Auch in der Person des Beklagten werden die Bedingungen des Klagrechts, insofern sie rechtlicher Natur sind, z. B. die Bereicherung als Bedingung seiner Verpflichtung, zur Zeit der Litiscontestation gefordert [133]). Die thatsächlichen Voraussetzungen des Arbitrium de restituendo, also der Besitz der Sache, oder der Condemnation z. B. das Peculium, dagegen, weil nicht Bedingungen des in der Intentio behaupteten Rechts, brauchen nur zur Zeit des Urtheils vorhanden zu sein [134]).

129) *L. 23. L. 35. D. de iud.* (15, 1). Vgl. Savigny cit. § 262, welcher *L. 17. D. mandati* (17, 1) mit Recht nicht auf die Bedingungen, sondern auf den Gegenstand der Condemnation bezieht. Für die Möglichkeit der erneuerten Klage s. *L. 11. §§ 4. 5. D. de exc. rei iud.* (44, 2), wo nur nicht gerade der Fall des Erwerbes während des ersten Prozesses vorausgesetzt wird.

130) S. § 100 Note 197.

131) S. unten Note 149.

132) *L. 7. § 7. D. ad exhib.* (10, 4).

133) *L. 37. pr. D. de neg. gestis* (3, 5). *L. 20. D. quod met. causa* (4, 2). *L. 34. pr. D. de min.* (4, 4). *L. 7. pr. D. de don. inter vir.* (24, 1).

134) *L. 30. pr. D. de peculio* (15, 1). *Ulp.* Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, cum ageretur: si modo sit rei iudicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilominus teneri aiunt: in-

Wie die Bedingungen des Klagrechts, so müssen auch die Bedingungen der Exceptio zur Zeit der Litis Contestatio begründet sein, damit sie der Formula eingerückt und vom Judex berücksichtigt werden könne[135]).

Der Untergang des Klagrechts wird durch die Litiscontestation abgewendet, insofern dasselbe in das Judicium eingeschlossen ist und dieses davon nicht betroffen wird. So 1) der Untergang durch Verjährung[136]); das Judicium hat seine eigenthümlichen Verjährungsfristen[137]); 2) bei nicht vererblichen Klagen durch den Tod des Klägers oder des Beklagten, weil das Judicium activ und passiv auf den Erben übergeht[138]). Wie aber, 3) wenn der Kläger seine Befriedigung erhält und damit der Gegenstand des Rechtsstreits wegfällt? Daß durch Annahme der Befriedigung von Seiten des Klägers der Rechtsstreit selbst aufgehoben ist, versteht sich von selbst; die Frage kann also nur sein, ob auch die zufällig dem Kläger gewordene Befriedigung[139]), oder das Anerbieten der Zahlung von Seiten des Beklagten, eventuell die gerichtliche Deposition[140]), seine

tenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit: quae sententia et a nobis probanda est. Vgl. oben § 90 Note 32, § 91 Note 14, § 101 Note 36. Keller cit. S. 190 folg. Savigny cit. § 263.

135) *L. 4. D. de except.* (44, 1). *L. 47. pr. D. de solut.* (46, 3). *§ 4. I. de fideiuss.* (3, 20). *L. 51. §§ 1. 4. D. eod.* (46, 1). Officio Judicis konnten ohne Zweifel auch in dieser Hinsicht erst später eintretende Umstände berücksichtigt werden.

136) *L. 139. pr. D. de reg. iur.* (50, 17). *Gai.* Omnes actiones, quae — tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent. *L. 8. § 1. D. de fideiuss. tut.* (27, 7). *Paul.* litis contestatione — actiones — temporales perpetuantur. *L. 9. § 3. D. de iureiur.* (12, 2). Dieß gilt auch für die longis tempori praescriptio. *L. 26. C. I. de rei vind.* (3, 32). *L. 10. C. I. de praescr. longi temp.* (7, 38).

137) *Gai.* IV. §§ 105. 104. Vgl. Keller cit. §§ 15—19.

138) *L. 139. pr. cit.* quae morte — pereunt. *L. 8. § 1. cit.* litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte. *L. 58. L. 26. L. 33. D. de obl. et act.* (44, 7). *L. 28. D. de iniur.* (47, 10). *L. 87. D. de reg. iur.* (50, 17). Popularklagen *arg. L. 12. pr. D. de verb. sign.* (50, 16). Vgl. oben § 100 Note 188.

139) *L. 61. D. de solut.* (46, 3). — Daß eigentliche solutio den Rechtsstreit aufhebt, sagt u. A. *L. 13. pr. D. iud. solvi* (46, 7). *Ulp.* si lis finita fuerit — vel solutione, vel transactione, vel acceptilatione.

140) *L. 73. D. de procur.* (3,

Absolution zur Folge haben müsse. Die Bejahung dieser Frage war außer Zweifel für actiones arbitrariae, deren Formel durch die Clausel NISI RESTITUAT den Judex ausdrücklich dazu anwies, und für actiones bonae fidei, wo dieß in dem freien Officium des Judex lag. Nur für strenge Klagen war es bestritten unter den beiden juristischen Schulen. Die Sabinianer behaupteten auch hier der Billigkeit gemäß die Nothwendigkeit der Absolution, oder sprüchwörtlich: omnia iudicia esse absolutoria; die Proculianer entschieden diesen Fall streng nach dem allgemeinen formalen Princip dahin, daß der Beklagte zu condemniren sei, weil er zur Zeit der Litiscontestation in der Lage war, condemnirt werden zu müssen [141]). Die mildere Meinung scheinen schon die spätern Classiker angenommen zu haben [142]).

2) Auch für den Gegenstand der Condemnation ist der Zeitpunkt der Litis Contestatio entscheidend [143]), nach dem allgemeinen Grundsatz, daß der Kläger Alles durch jene erhalten muß, was er haben würde, falls er zur Zeit der Litiscontestation

3). *Paul.* Si reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam solvere, procuratore agente quid fieri oporteat? — Sed hoc constat, ut ante litem contestatam Praeses iubeat in aede sacra pecuniam deponi: —. Quodsi lis contestata est, hoc omne officio iudicis dirimendum est.

141) *Gai.* IV. § 114. Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat: utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnare debeat. nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis fuerit iudicium: et hoc est, quod volgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia iudicia esse absolutoria .... idem sentiunt . . in . . . iudiciis, liberum est officium iudicis. tantumdem .... rem actionibus putant *rel.* Vgl. die sinnreiche, in der Sache richtige Restitution von Huschke, *Iurispr. antei. h. l.* Daß die offenbare Unbilligkeit nach der Ansicht der Proculianer in andrer Weise, etwa durch eine condictio sine causa, auszugleichen sei, glauben Keller cit. S 184. Savigny cit. VI. S. 62 Note 1.

142) Keller cit. S. 186 Note 16. Ebenso Justinian *§ 2. I. de perpetuis et temp. act.* (4, 12).

143) *L. 91. § 7. D. de leg.* 1. (30). — causa eius temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori. *cf. L. 1. § 10. D. ad leg. Falc.* (35, 2). repraesentationis commodum.

befriedigt worden wäre. Er gilt sowohl für strenge als für freie Klagen [144]), und ist maßgebend für das arbitrium de restituendo [145]) vel exhibendo [146]) und für die Condemnation, für die Nebenleistungen (omnis causa) und für die Schätzung der Hauptsache (litis aestimatio). Hiernach werden nach der Litiscontestation prästirt:

a) alle Erweiterungen einer Sache, sowohl natürliche, namentlich Früchte und andere [147]), als juristische, d. h. jeder aus dem Besitz der Sache gezogene Gewinn [148]). Dazu gehört

144) *L. 31. pr. D. de reb. cred.* (12, 1). *Paul.* Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit; id est omne quod habiturus esset actor si litis contestandae tempore solutus fuisset. *L. 3. § 1. D. de usuris* (22, 1).

145) *L. 20. D. de rei vind.* (6, 1). *Gai.* — opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret si eo tempore quo iudicium accipiebatur restitutus illi homo fuisset. *L. 75. L. 246. § 1. D. de verb. sign.* (50, 16).

146) *§ 3. I. de off. iud.* (4, 17). *L. 9. §§ 5. 7. D. ad exhib.* (10, 4).

147) Bei persönlichen stricti iuris Klagen auf ein ursprüngliches dare *L. 2. L. 38. § 7. D. de usuris* (22, 1). *L. 8. D. de re iud.* (42, 1). *L. 91. § 7. D. de leg.* 1. (30). *L. 1. L. 2. L. 4. C. I. de usur. et fruct. leg.* (6, 47), während bei Condictionen auf ein Zurückgeben (*L. 65. § 5. D. de cond. ind.* 12, 6.) und bei freien Klagen (*L. 3. § 1. L. 38. § 15. D. de usur.* 22, 1), auch vor der L. C. Früchte prästirt werden. Das arbitrium de restituendo begreift allemal die nach der L. C. gezogenen Früchte, bei persönlichen Klagen *L. 25. § 4. D. quae in fr. cred.* (42, 8) und bei dinglichen *L. 35. § 1. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 15. D. de usuris* (22, 1). *L. 5. § 4. D. si us. pet.* (7, 8). *L. 16. § 4. D. de pign.* (20, 1), nicht als mitvindicirten Theil der Hauptsache (fructus pendentes *L. 44. D. de rei vind.* 6, 1.), sondern als Zubehör (fructus separati oder percepti), die freilich, insofern sie noch in natura vorhanden sind (fructus exstantes), auch vor der L. C. selbst vom bonae fidei possessor officio iudicis mit der Hauptsache zu restituiren sind *§ 2. I. de off. iudicis* (4, 14); oder auch selbständig vindicirt werden können. *L. 22. § 2. D. de pign. act.* (13, 7). Der partus ancillae ante l. c. editus muß selbständig vindicirt werden; post l. c. wird er als Zubehör officio iudicis restituirt. *L. 10. D. de usuris* (22, 1). *L. 17. § 1. L. 20. D. de rei vind.* (6, 1).

148) Dahin gehören fructus consumpti, eine Bereicherung, welche für die Zeit vor der L. C. vom bonae fidei possessor nicht herausgegeben wird *§ 35. I. de rer. div.* (2, 1). *L. 22. C. I. de rei vind.* (3, 32), Erwerb durch Sklaven *L. 91. § 7. D. de leg.* 1. (30). *L. 20. D. de rei vind.* (6, 1). *cf. L. 40. D. de acq. rer. dom.* (41, 1), gezogene Mieth- und Pachtgelder

auch das durch Vollendung der Usucapion während des Prozesses gewonnene Eigenthum, welches daher dem Kläger herauszugeben ist [149]).

b) Ersatz sowohl für jeden dem Kläger entzogenen Vortheil — z. B. für den Gebrauch der Sache [150]), für die Früchte [151]), Mieth- und Pachtgelder [152]), Zinsen, die er hätte ziehen können [153]), — als für den ihm zugefügten Schaden. Hierbei ist auf die Ursache des Schadens zurückzugehen, also zwischen Dolus, Culpa und Casus zu unterscheiden.

L. 26. D. de usuris (22, 1) und erworbene Klagrechte *L. 17. § 1. D. de rei vind.* (6, 1).

149) Die L. C. unterbricht die Usucapion nicht. *L. 2. § 2. D. pro emptore* (41, 4). *L 2. D. pro donato* (41, 6). Der Beklagte muß aber nicht bloß restituiren, sondern mancipare oder tradere und wegen etwaiger Dispositionen de dolo caviren. *L. 17. § 1. L. 18. L. 20. L. 21. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 35. D. de verb. sign.* (50, 16). *L. 9. § 6. D. ad exhib.* (10, 4). Fein wird beides zusammengefaßt von Papinian in *Fr. Vat.* § 12. usucapio frustra complebitur anticipata lite Ebenso beim Erwerb der Freiheit des Eigenthums durch nonusus einer Servitut. *L. 5. § 5. D. si us. pet.* (7, 6). *L. 8. § 4. D. si serv.* (8, 5).

150) *L. 19. § 1. D. de usur.* (22, 1). *Gai.* Iter quoque et actus si petitus sit, vix est ut fructus ulli possint aestimari: nisi si quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor, si statim eo tempore, quo petiisset, [ire] agere non prohiberetur. quod admittendum est.

151) *§ 2. I. de off. iud.* (4, 14). Post inchoatam autem petitionem etiam illorum (*sc. fructuum*) ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt. *Paul.* I. 13ᵃ. § 9. Hi fructus in restitutione praestandi sunt petitori, quos unusquisque diligens paterfamilias et honestus colligere potuisset. *L. 22. C. I. de rei vind.* (6, 32). Eine selbständige Klage hat der Eigenthümer deshalb nicht. *L. 78. D. de rei vind.* (6, 1). Vgl. Savigny cit. § 267.

152) *L. 62. pr. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 19. pr. D. de usur.* (22, 1).

153) Als Ersatz für den dem Kläger durch Bestreitung seines Anspruchs vorenthaltenen Gebrauch einer Geldsumme; daher landesübliche Zinsen, die auch in dieser Beziehung den Früchten verglichen werden. *L. 34. D. de usur.* (22, 1). In einem Hauptfall der condictio certi schloß indeß die Formel jede Erweiterung der Condemnation, also auch diese aus. *Gai.* IV. § 53. *L. 1. C. I. de cond. ind.* (4, 5). Nicht so bei andern stricti iuris actiones auf Incertum. *Gai.* II. § 280. s. oben § 93 Note 58. Ausdrücklich sind diese Prozeßzinsen bezeugt für actiones arbitrariae *L. 1. § 1. C. I. de her. pet.* (3, 31). *L. 20. §§ 6. 15. 16. D. eod.* (5, 3); nicht ausdrücklich für bonae fidei actiones, vgl. jedoch *L. 34. cit.*, weil die Verzugszinsen sie meistens decken. Vgl. Savigny cit. §§ 268–271 Für andre Vortheile (utilitates) s. *L. 9. § 8. L. 10. L. 11. pr. D. ad exhib.* (10, 4).

Daß der Beklagte für Dolus, durch den er nach der Litiscontestation die Sache zerstört, weggebracht oder verschlechtert hat, Ersatz geben muß, versteht sich von selbst; denn dieser würde ihn auch vor der Litiscontestation verantwortlich gemacht haben [154]). Als Wirkung der Litiscontestation ist es dagegen zu betrachten, daß die dadurch begründete Obligation zum eventuellen Geben, Restituiren oder Exhibiren der Sache den Beklagten zur Diligentia verpflichtet, also wegen jeder Culpa verantwortlich macht, während er vorher z. B. aus einer Stipulation auf dare nur wegen culpa in faciendo [155]) und als Besitzer einer fremden Sache nur in Folge eines damnum iniuria datum haftete [156]).

Sehr bestritten ist endlich der Einfluß des Casus nach der Litiscontestation auf das richterliche Urtheil: unter den älteren Juristen war er Gegenstand eines Schulstreits und die Spätern, die ihn zu vermitteln strebten, äußern sich zum Theil zweideutig [157]). Sabinus und Cassius behaupteten für persönliche und dingliche Klagen, daß der Beklagte absolvirt werden müsse, was ihrem Grundsatz: omnia iudicia absolutoria esse, insofern entsprach, als ja auch sonst die casuelle Unmöglichkeit der Erfüllung gleichgilt [158]). Die Proculianer dagegen verlangten eben so folgerichtig die Condemnation des Beklagten, weil der Kläger haben müsse, was er haben würde wenn er

154) Bei persönlichen Klagen als Verletzung des Contractsrechts, und bei dinglichen, quia dolo desiit possidere u. s. w.

155) *L. 91. pr. D. de verb. obl.* (45, 1). Vgl. Savigny cit. S. 169. Bei stipulationes in faciendo macht die L. C. keinen Unterschied, und bei bonae fidei Obligationen nur in so fern, als der Schuldner vorher etwa nur für Dolus oder Culpa levis in Concreto haftet.

156) Daß der Besitzer nach der L. C. für Dolus und Culpa überhaupt haftet *L. 33. L. 45. L. 51. D. de rei vind.* (6, 1). Nähere Bestimmung der diligentia *L. 36. § 1. L. 21. L. 16. § 1. eod.* der Schadensersatz als Theil der Restitution *L. 13. eod.*

157) Vgl. Savigny cit. §§ 273. 274.

158) *L. 107. D. de solut.* (46, 3). *Pomp.* Naturaliter (*sc. resolvitur verborum obligatio*), veluti solutione, aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit.

zur Zeit der Litiscontestation befriedigt worden wäre [159]). Beide Schulen machten für ihre Ansicht Motive geltend, welche für die Genesis, nicht aber für die letzten praktischen Resultate dieser Lehre von Bedeutung sind. Daß der Casus den Kläger treffen müsse, erklärten die Sabinianer, wie beim Käufer, mit Recht daraus, daß die noch nicht erfolgte Herausgabe der Sache ein zufälliges Moment sei, der Casus habe die Sache ebensowohl bei ihm, als beim Beklagten treffen können. Die Proculianer führten dagegen an, darauf, daß der Zufall die Sache auch beim Kläger betroffen hätte, komme es nicht an, denn jeden Falls habe dieser sie zuvor verkaufen können [160]). Später wurde die mildere Meinung der Sabinianer auch hier im Allgemeinen angenommen [161]), aber mit Rücksicht auf das angeführte Motiv derselben wesentlich beschränkt. Die Litiscontestation, sagte man, könne an sich den Beklagten sowenig als eine Stipulation zur Präftation des Casus verpflichten, wohl aber unter Hin-

159) *L. 14. § 1. D. depositi* (16, 3). *Gaius.* Sive autem cum ipso, apud quem deposita est, actum fuerit, sive cum herede eius, et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt: quia aequum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere: utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori. *L. 40. pr. D. de her. pet.* (5, 3). *Paul.* Illud quoque quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas, interdum durum est: quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut iumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis: quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet: Cassius contra sentit *rel. L. 60. D. de rei vind.* (6, 1). *Pomponius lib. 29. ad Sabinum.* Quod infans vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est.

160) Beide Motive kommen in den Stellen Note 159 vor. In *L. 14. § 1. cit.* wird das sua natura durch die Schlußworte: utique cum *rel.* nur näher bestimmt; und in *L. 40. pr. cit.* ist der Grund: quia potuit *rel.* in das folgende. Et hoc — Proculo placet, wohl eingeschlossen.

161) *L. 15. § 3. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp.* Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt *rel.*

zutritt eines Unrechts von seiner Seite, welches die Nichterfüllung nicht mehr als zufällig erscheinen läßt: nehmlich 1) bei der persönlichen Klage, die Mora des Beklagten, d. h. wenn er die Leistung gegen besseres Wissen bestreitet[162]); 2) bei der dinglichen Klage die mala fides des Besitzers aus gleichem Grunde[163]), und bei dem bonae fidei possessor der Ungehorsam gegen das Arbitrium de restituendo[164]). Diese festen und wohlbegründeten Rechtssätze unterstützen die spätesten Classiker zum Ueberfluß durch die vorhin angedeuteten Motive,

162) Daß die Litiscontestation nicht als solche, sondern nur wenn der Schuldner die Forderung gegen besseres Wissen bestreitet, hier Mora begründet, dafür s. *L. 63. D. de reg. iur.* (50, 17). *L. 24. pr. D. de usuris* (22, 1). *L. 82. § 1. D. de verb. obl.* (45, 1). Wenn also in anderen Stellen die Prästation des Casus an die Litiscontestation geknüpft wird, so ist dieß hinzuzudenken. *L. 12. § 3. D. depositi* (16, 3). *L. 8. D. de re iud.* (42, 1). *L. 5. D. de confessis* (42, 2). Die mit der L. C. verbundene Mora wird bestimmt verlangt in *L. 12. § 4. D. ad exhib.* (10, 4). *Paul.* Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit, per eum non effectum, quominus tunc, cum iudicium acciperetur, homo exhiberetur *rel. cf. L. 5. D. de reb. cred.* (12, 1) *Pomp.* — si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares *rel.* Ist die Mora schon früher eingetreten, durch Interpellation oder ex re, wie beim Diebe, Dejector u. s. w., so ist die Litiscontestation hierfür ohne Bedeutung. Auf den zweiten Fall ist *L. 14. § 11. D. quod met. causa* (4, 2) zu beziehen, wie die angezogene Analogie des interdictum de vi beweist. Vgl. *L. 1. § 35. L. 19. D. de vi* (43, 16).

163) *L. 40. pr. cit.* Note 159. *Paulus.* — in praedonis persona Proculus recte existimat: in bonae fidei possessoribus Cassius: nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. Ebenso Ulpian in *L. 20. § 21. eod.* Auf eine Unterscheidung deutet auch *L. 16. pr. D. de rei vind.* (6, 1). *Paul.* non utique, und einen Fall, wo der Casus nicht prästirt wird, supponirt Paulus in *L. 27. § 2. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 11. D. iud. solvi* (46, 7).

164) *L. 15. § 3. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp. cit.* Note 161. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus. *L. 17. § 1. eod. Ulp.* Idem Iulianus eodem libro scribit, si moram fecerit in homine reddendo possessor, et homo mortuus sit, et fructuum rationem usque ad rei iudicatae tempus spectandam esse. Vgl. Wetzell, Vindicationsprozeß S. 178 folg. Savigny cit. S. 178 folg.

daß der Zufall die Sache auch beim Kläger getroffen hätte[165]), oder daß er sie hätte verkaufen können[166]), ohne dadurch Einschränkungen jener Grundsätze begründen zu wollen[167]).

c) Die Schätzung der Sache (litis aestimatio)[168]) richtet sich nach dem Werth, den sie sowohl nach ihrer Beschaffenheit als nach dem Marktpreis zur Zeit der Litiscontestation hatte, weil der Kläger haben muß u. s. w. Auch diese Regel kommt aber, wie der Grundsatz, aus dem sie geflossen, nur bei stricti iuris Klagen streng zur Anwendung[169]). Bei bonae fidei Obligationen, wo der Beklagte noch im Lauf des Prozesses sich durch die Leistung liberiren kann, wird auf die Zeit des Urtheils gesehen[170]). Um so mehr bei arbiträren Klagen,

165) In *L. 12. § 4. cit.* Note 162 fährt Paulus also fort: tanto magis si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset. Ulpian in *L. 14. § 11. cit.* si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset; beides Fälle der Mora, für welche eine solche Einschränkung sonst nirgends behauptet wird.

166) In Fällen gewöhnlicher Mora *L. 47. § 6. D. de leg.* 1. (30). *Ulp.* potuit enim eum acceptum legatarius vendere, während alle andren, zahlreichen Stellen diesen Umstand nicht erwähnen; *L. 14. § 11. cit. Ulp.* — qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset, wo also die beiden, widersprechenden Motive cumulirt werden; der malae fidei possessor. *L. 26. § 21. D. de her. pet.* (5, 3). *Ulp.* — quia si rem consecutus esset, distraxisset; im Fall der Contumacia gegen das Arbitrium de restituendo *L. 15. § 3. cit.* Note 164. *Ulp.*, während *L. 17. § 1. cit.* nichts davon sagt.

167) Savigny cit. § 274 bestreitet diese Einschränkungen, macht aber zum Schluß doch einen Vorschlag, wie sie etwa praktisch zugelassen werden könnten, was ich ihrer zufälligen und schwankenden Natur wegen nicht räthlich finde.

168) Vgl. Savigny cit. §§ 275—277.

169) *L. 5. § 2. D. commodati* (13, 6). *L. 17. D. mandati* (17, 1). *L. 22. D. de reb. cred.* (12, 1). *L. 4. D. de cond. trit.* (13, 3). Die *L. 3. eod. Ulp.*, die einen offenbaren Widerspruch damit zu enthalten scheint, sucht Savigny cit. S. 216 dadurch zu beseitigen, daß er condemnatio in condemnationis tempus für die pars formulae, dieß also für iudicii accepti tempus erklärt. Richtiger ist anzunehmen, Ulpian unterscheide überhaupt nur den Zeitpunkt des Contracts, des Todes u. s. w. einerseits und andrerseits den des Prozesses, dessen Anfang und Ende ihm zusammenfällt, wie in *L. 3. § 3. D. de act. empti* (19, 1). *Pomp.*, wo der Zeitpunkt, quo lis in condemnationem deducitur (eventuell durch L. C., definitiv durch res iudicata), dem Ort ubi agatur correspondirt. Eine Bemerkung, die ich Rudorff verdanke.

170) *L. 5. § 2. D. cit.*

wo diese Leistung ja dem Beklagten durch das Arbitrium selbst aufgegeben wird [171]). Bei Delicten endlich wird der Augenblick des begangenen Unrechts in Betracht gezogen, und bald der höchste Werth in einem gewissen Zeitraum rückwärts gerechnet [172]), bald der höchste von da ab bis zum Urtheil angenommen [173]). In welcher Weise diese Grundsätze durch einen verabredeten Erfüllungstermin und durch Mora vor der Litiscontestation modificirt werden, interessirt uns hier nicht [174]).

In allen diesen Wirkungen der Litiscontestation, die mehr oder weniger auf die Eine Hauptwirkung, die Novation des Klagrechts, zurückzuführen sind, bewährt sich der natürliche Grundsatz, daß die Lage des Klägers durch die gerichtliche Verfolgung seines Rechts nicht schlechter werden dürfe [175]). Derselbe findet aber auch darin seine Anwendung, daß alle mit dem Klagrecht verbundenen Vortheile, die bei einer freiwilligen Novation, wenn sie nicht ausdrücklich vorbehalten werden, mit der alten Obligation erlöschen, hier auf die neue, die obligatio litis

171) *Arg. L. 18. pr. §§ 1. 4. D. de dolo* (4, 3). *L. 68. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 9. § 8. D. ad exhib.* (10, 4).

172) Bei damnum iniuria datum *L. 21. § 1. cf. L. 1. pr. L. 27. § 5. L. 29. § 7. D. ad leg. Aquil.* (9, 2).

173) Bei der actio furti *L. 9. D. de in litem iur.* (12, 3). *L. 50. pr. D. de furtis* (47, 2) und der condictio furtiva, obgleich sie nicht ex maleficio ist, wegen der mora ex re *L. 8. § 1. D. de cond. furt.* (13, 1). *L. 29. D. rer. amot.* (25, 2). Ebenso bei der actio de servo corrupto *L. 5. § 4. D. de servo corrupto* (11, 3), obgleich das Edict und Ulpian in *L. 1. pr. L. 9. § 2. eod.* von quanti ea res erit sprechen; vielleicht wie in *L. 27. § 5. cit.* corrumpirt. — Savigny cit. S. 205 folg. glaubt, daß dieser Unterschied in der Formel durch QUANTI EA RES FUIT, EST und ERIT ausgedrückt worden sei. Für das Erste s. oben § 95 Note 33. QUANTI EA RES EST aber findet sich nirgends, sondern QUANTI EAM REM ESSE PARET, und dieß wird mit QUANTI EA RES ERIT für gleichbedeutend erklärt in *L. 179. cf. L. 193. D. de verb. sign.* (50, 16).

174) Vgl. Savigny cit.

175) *L. 86. D. de reg. iur.* (50, 17). *Paul.* Non solet deterior condicio fieri eorum, qui litem contestati sint, quam si non, sed plerumque melior. *L. 87. eod. Idem.* Nemo enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facit: denique post litem contestatam heredi quoque prospiceretur, et heres tenetur ex omnibus causis. *L. 29. D. de novat.* (46, 2), Note 177.

exercitationis, übergehen[176]) und also mittelbar auch für den letzten Erfolg des Prozesses, die obligatio und actio iudicati, erhalten werden. So das Privileg der Forderung[177]), das Pfandrecht[178]) und der Lauf der Zinsen[179]).

---

c. Bestärkung der Litis Contestatio.

§ 104. Die Litiscontestation wird in ihrer unbedingten, negativen und positiven Wirkung in gewissen Fällen durch Cautionen (satisdationes), und, insofern sie den eventuellen Ausgang des Rechtsstreits, den Gewinn oder Verlust des Prozesses, vorbereitet, durch Prozeßstrafen (poenae temere litigantium) verstärkt, deren Zweck, leichtsinniges oder böswilliges Prozessiren (temere litigare, calumnia) zu verhüten, freilich auch noch durch andere Mittel, insbesondere durch Eid (iusiurandum calumniae), gesichert wird.

I) Die **Cautionen** (satisdationes)[1]) gehören zu den

176) In welche die nicht consumirte naturalis obligatio eingeschlossen (inclusa) ist; daher die accessorischen Rechte auf die Eine oder die Andre bezogen werden können. *L. 8. § 3. D. de fideiuss.* (46, 1). *Ulp.* — post litem contestatam fideiussor accipi potest: quia et civilis et naturalis subest obligatio.

177) *L. 29. cit. Paul.* Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt; perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur —, quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem; ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt. *L. 22. D. de tut. act.* (27, 3). *Paul.* Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit.

178) *L. 13. § 4. D. de pign.* (20, 1). *L. 11. pr. § 1. D. de pign. act.* (13, 7). *cf. L. 18. D. de novat.* (46, 2). Mit der in *L. 11. pr.* erwähnten Bürgschaft war es freilich im alten Recht anders, aus einem formellen Grunde, dem man zu begegnen bemüht war. S. oben § 101 Note 80.

179) *L. 35. D. de usur.* (22, 1). *Paul.* Lite contestata usurae currunt *cf. L. 18. D. de novat.* (46, 2).

1) *Gai.* IV. §§ 88—102. *Paul.* I 11. V. 9. *Dig.* 2, 8. qui satisdare coguntur vel iurato pro-

prätorischen Stipulationen (stipulationes praetoriae), d. h. zu den vom Prätor in seinem Edict proponirten und im einzelnen Fall auf Antrag des Berechtigten erzwungenen Promissionen, regelmäßig mit Bürgschaft[2]), durch welche die Ausübung eines Rechts gesichert oder ein Schaden abgewandt[3]), hier das Judicium acceptum in seiner doppelten Wirkung, 1) der Consumtion des Klagrechts und 2) der Begründung des neuen obligatorischen Verhältnisses, bestärkt werden soll; daher sie stipulationes iudiciales heißen[4]). Ueberall treten sie nur dann ein, wenn jene Wirkung für sich nicht ausreicht[5]).

1) Die Consumtion des Klagrechts trifft den Kläger, der eben deshalb, insofern diese Wirkung nur wirklich stattfindet, also wenn er persönlich oder durch einen vollständig legitimirten Vertreter, d. h. durch einen Cognitor, Litem contestirt, keine Caution zu leisten hat; denn der Beklagte ist gegen die nochmalige Klage hinreichend dadurch gesichert, daß diese ipso iure oder durch die exceptio rei in iudicium deductae ausgeschlossen ist[6]). Nur bei einem unvollständig legitimirten Ver-

mittant vel suae promissioni committantur. 46, 5. de stipulationibus praetoriis. 7. iudicatum solvi. 8. ratam rem haberi. *Cod. Iust.* 2, 57. de satisdando. — Keller, Civilpr. §§ 56. 57. Rudorff, Rechtsg. II. §§ 73. 74.

2) *L. 1. § 5. L. 7. D. de stip. praet.* (46, 5). S. unten § 119.

3) *L. 1. § 4. eod. Ulp.* — omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.

4) *L. 1. § 1. eod. Ulp.* Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat; ut IUDICATUM SOLVI et ex operis novi nuntiatione. Statt dieser letzten, die uns hier nicht interessirt, erwartet man RATAM REM HABERI, die Ulpian in § 2. zu den cautionales stellt, quae instar actionis habent et ut sit nova actio. In einem andern Sinn nennt Pomponius in *L. 5. pr. D. de verb. obl.* (45, 1) diejenigen Stipulationen iudiciales, welche der Geschworne auferlegt.

5) *Gai.* IV. § 88. Videamus nunc, quibus ex causis is cum quo agitur, vel hic qui agit, cogatur satisdare, also nur aus bestimmten Gründen.

6) *Gai.* IV. § 96. Ipse autem, qui in rem agit, si suo nomine agit, satis non dat. § 97. Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisdatio vel ab ipso, vel a domino desideratur *rel.* § 98. — quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse ege-

treter, und dafür galt ursprünglich der Procurator, Actor Municipum, Tutor und Curator, wo die nochmalige Klage rechtlich möglich ist[7]), nach späterm Recht wenn die Vollmacht oder Bestellung zweifelhaft ist, oder von dem Negotiorum Gestor nicht einmal behauptet wird, also der Beklagte aus factischen Gründen eine nochmalige Klage zu fürchten hat[8]), kann er Sicherstellung dagegen verlangen: AMPLIUS EO NOMINE NEMINEM PETITURUM[9]), oder nach der spätern Formel satisdatio RATAM REM DOMINUM HABITURUM[10]), oder abgekürzt RATAM REM HABERI[11]). Auch der Beklagte muß sie leisten, wenn von seiner Seite eine Erneuerung des Rechtsstreits durch Klage zu fürchten ist[12]). Gegenstand der Caution ist regelmäßig das Interesse[13]), und dieses kann mit der actio ex stipulatu von dem Promissor und seinen Bürgen gefordert werden, so oft dem Kläger, wenn er persönlich oder durch einen Cognitor geklagt hätte, bei der erneuerten Klage die Consumtion seines Klagrechts ipso iure oder per excep-

rit. *cf.* § 100. — si vero in personam, ab actoris quidem parte quando satisdare debeat quaerentes, eadem repetemus, quae diximus in actione, qua in rem agimus.

7) *Gai.* IV. § 98. Procurator vero si agat, satisdare iubetur, ratam rem dominum habiturum: periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. § 99. Tutores et curatores eo modo, quo et procuratores satisdare debere, verba edicti faciunt. *L. 33. § 3. L. 39. § 1. D. de procur.* (3, 3). *Fr. Vat.* § 335.

8) Vgl. oben § 100 Note 123—127. 74.

9) *Cic. Brut.* 5. (bei Zahlung). *pro Rosc. com. c.* 12. (bei Vergleich). *Verr.* II. 23. (bei Klage). In der ersten Stelle mit der Einschränkung: CUIUS PETITIO SIT. Vgl. Note 15.

10) So *Gai. cit. L. 73. D. de fideiuss.* (40, 1). *L. un. C. I. de satisdando* (2, 57). Das Edict in *L. 33. § 3. cit.* is (*sc. qui alicuius nomine actionem sibi dari postulabit*) ei (*sc. reo*), quo nomine aget (Bezeichnung der Sache), id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet (*sc. dominum*), boni viri arbitratu satisdet, d. h. mit Bürgen, die im Fall der Bestreitung ein Arbiter für tüchtig erklärt.

11) *Rubr. Dig.* 46, 8. ratam rem haberi. Noch kürzer stipulatio oder cautio de rato. Einen Versuch die Formel vollständig zu restituiren, s. bei Rudorff cit. S. 245.

12) S. oben § 100 Note 163. 164.

13) *L. 2. § 2. D. de stip. praet.* (46, 5). *L. 2. L. 13. pr. L. 19. D. h. t.* Nur ausnahmsweise wird sie auf eine bestimmte Summe gerichtet. *L. 8. § 1. eod.*

tionem entgegengehalten werden könnte[14]), und zwar sowohl bei dem ersten Versuch der erneuerten Klage, als bei ihrer Fortsetzung und Durchführung[15]); nicht aber wenn ein Dritter dieselbe Klage anstellt[16]).

2) Das neue, durch die Litiscontestation begründete obligatorische Verhältniß (obligatio litis exercitationis) verpflichtet nicht den Kläger zur Verfolgung der Sache, — läßt er sie liegen, so hat er die Absolution des Beklagten in seiner Abwesenheit oder die Verjährung des Judiciums zu erwarten; in diesem Erfolg liegt ein hinreichender Antrieb zur Fortsetzung der Verhandlung, daher er deshalb auch keine Caution leistet[17]); — sondern den Beklagten, der ein natürliches Interesse hat, sich dem Judicium zu entziehen und seine Verurtheilung zu verzögern, wo nicht unmöglich zu machen. Da freilich das Urtheil gegen ihn auch in Contumaciam ergehen kann[18]), so tritt dieser letzte Fall nur ein, wenn das Judicium, ehe es zum Urtheil kommt, durch Zeitablauf erlischt, und auch dieß kann der Kläger durch eifrige Betreibung der Sache verhindern[19]). Eine Verstärkung der durch die Litiscontestation übernommenen Verpflichtungen, nehmlich a) seine Vertheidigung in diesem Judicium fortzuführen (de re defendenda), b) eventuell der Condemnatio Folge zu leisten (de iudicato solvendo), ist also auch für ihn in der Regel nicht nothwendig. Nur aus bestimmten Gründen muß er eine Caution bestellen, die von dem letzten, praktisch wichtigsten Gegenstande

14) *L. 22. § 8. L. 8. pr. D. h. t.*

15) *L. 18. D. h. t. Pomp.* — saepius ex ea stipulatione agi potest, prout intersit agentis, QUOD LITIGAT, QUOD CONSUMIT, QUOD ADVOCAT, QUOD DAMNATUS SOLVIT. Vgl. § 103 Note 80. *L. 12. § 2. L. 22. § 5. eod. Julian.* Marcellus: Si dominus ratam rem non habuerit, sed lite mota rem amiserit, nihil praeter impendia in stipulatione RATAM REM deducitur.

16) *L. 39. § 2. D. de procur.* (3, 3).

17) Erst das Recht der Justinianischen Novellen legt dem Kläger eine cautio de prosequenda lite auf. S. Bd. 3.

18) S. § 108.

19) Ist er durch Betrug eines Dritten daran verhindert worden, so hat er gegen diesen die actio doli. *L. 18. § 4. D. de dolo malo* (4, 3).

satisdatio IUDICATUM SOLVI heißt[20]), wirklich aber in ihren zwei Clauseln, DE RE DEFENDENDA und DE RE IUDICATA, jener zwiefachen Verpflichtung des Beklagten entspricht; die dritte Clausel, DE DOLO MALO, ist ihr mit allen prätorischen Stipulationen gemein[21]).

Die Gründe dieser außerordentlichen Cautionsleistung des Beklagten sind folgende:

a) Bei allen in rem actiones schien es den Römern billig, daß der Beklagte, dem für die Dauer des Prozesses der Besitz und Genuß der Sache anvertraut wird, für den Unterliegungsfall deren Herausgabe mit den Früchten durch Bürgschaft sicher stelle[22]); bei der alten Legis Actio durch praedes litis et vindiciarum, bei der Sponsionsklage durch die stipulatio pro praede litis et vindiciarum, und bei der Formula petitoria durch die satisdatio iudicatum solvi[23]). Verwandt ist die stipulatio fructuaria, welche, wenn der Besitzstand für die Dauer des possessorischen Prozesses (interdictum uti possidetis) mittelst der Fructus Licitatio regulirt wird, der Meistbietende bestellt, und an deren Stelle, wenn der Ueberbotene es vorzieht die Herausgabe des Besitzes in dem Judi-

20) *Rubr. Dig.* 46, 7. iudicatum solvi. *Gai.* IV. § 91. illa stipulatio —, quae appellatur iudicatum solvi. *Val. Probus* § 5, 23. I. S. = iudicium (*l.* iudicatum) solvi.

21) *L. 6. D. h. t. Ulp.* Iudicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo. Ueber die Versuche zur Restitution der Formel s. Keller cit. Note 659. Rudorff cit. § 73 Note 6.

22) *Gai.* IV. § 89. (vgl. § 88 in Note 4) Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes. aequum enim visum est, te ideo quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere, ut si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.

23) *Gai.* IV. §§ 16. 91—95. Vgl. oben § 42 Note 1. § 53 Note 10. § 88 Note 17. 18. § 89 Note 5. § 90 Note 27. 42. § 91 Note 19. Ueber die verschiedenen Cautionen bei den Servitutenklagen s. § 92 Note 30—32. Vgl. Keller cit. Note 665. 666.

cium fructuarium zu fordern, die satisdatio iudicatum solvi tritt[24]).

b) Bei persönlichen Klagen leistet der Beklagte, wenn er das Judicium selbst übernimmt, diese Caution nur ausnahmsweise aus bestimmten Gründen: theils wegen besonderer Beschaffenheit der Sache, z. B. bei der actio iudicati und der actio depensi, wo die satisdatio iudicatum solvi an die Stelle der alten strengen manus iniectio und der eingeschränkten Vertheidigung durch einen Vindex getreten ist[25]), und bei dem iudicium de moribus mulieris[26]), — theils wegen Verdachts gegen seine Person[27]). Dieser Verdacht ist nach Vorschrift des Edicts begründet gegen jeden Bankerottirer (decoctor)[28]), und

24) *Gai.* IV. § 169. Vgl. oben § 98 Note 160.

25) *Gai.* IV. § 25. S. oben § 53 Note 16. § 45 Note 30.

26) *Gai.* IV. § 102. Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisdari solet, quas ipse Praeter significat. quarum satisdationum duplex causa est: nam aut propter genus actionis satisdatur —: velut iudicati depensive aut cum de moribus mulieris agetur. *cf. Ulp.* VI. 9. 10. 12. Auch in dem letzten Fall lag der Grund der Caution in der Strenge der Klage: die Frau sollte nur unter dieser Bedingung auf gerichtliche Entscheidung über ihr Betragen provociren dürfen.

27) *Gai. cit.* § 102. aut propter personam, quia suspecta sit.

28) *Gai. cit.* § 102. velut si cum eo agitur, qui decoxerit. Daß darunter sowohl der unglückliche als der muthwillige Bankerottirer verstanden wird, sagen *Cic. Phil.* II. 18. — quod sedisti in quattuordecim ordinibus, cum esset lege Roscia (*sc.* theatrali) decoctoribus certus locus constitutus, quamvis quis fortunae vitio, non suo decoxisset. *cf. Spartian. Hadr.* 18. und *Seneca Ep.* 36. minus autem turpe est creditori, quam spei bonae decoquere. Ad illud aes alienum solvendum opus est negotianti navigatione prospera —; ille, quod debet, sola potest voluntate persolvere. In mores fortuna ius non habet. *Idem de benefic.* I. 1. decoquere vero (*sc.* in referendo beneficio) foedissimum ob hoc ipsum, quia non opus est ad liberandam fidem facultatibus, sed animo. Für die rechtliche Gleichstellung beider Fälle s. *ibid.* VII. 16. Quid, tu tam imprudentes iudicas maiores nostros fuisse, ut non intellegerent iniquissimum esse, eodem loco haberi eum qui pecuniam, quam a creditore acceperat, libidine aut alea absumpsit, et eum qui incendio, aut latrocinio, aut aliquo casu tristiore aliena cum suis perdidit? nullam excusationem receperunt, ut homines scirent, fidem utique praestandam. Anders Rudorff cit. § 73 Note 23. Gaius unterscheidet diesen und den folgenden Fall; denn auch wer bonam copiam iuravit (vgl.

gegen den, dessen Vermögen als eines Indefensus auf Befehl des Prätors von seinen Gläubigern während dreißig Tagen besessen und zum Verkauf öffentlich ausgeboten worden [29]); endlich gegen den Erben, dessen Zahlungsfähigkeit der Prätor auf Antrag der Erbschafts-Gläubiger causa cognita für nicht ganz gesichert erklärt [30]).

c) Der Beklagte, der nicht in eigenem Namen, sondern als Vertreter des eigentlichen Schuldners (alieno nomine) das Judicium übernimmt, er mag dieß nun bloß zum Behuf der Prozeßführung oder mit der Absicht thun, die Schuld selbst intercessions- oder schenkungsweise zu übernehmen, wird nur gegen Bestellung der satisdatio iudicatum solvi zugelassen, nach dem Grundsatz: nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur; weil in beiderlei Fällen der eigentliche Schuldner durch die Litiscontestation seines Vertreters liberirt wird, und dem Gläubiger nur gegen vollständige Sicherstellung wegen gehöriger Vertheidigung (de re defendenda) und wegen eventueller Zahlung des Judicats (de re iudicata), endlich wegen jedes Dolus (de dolo malo) zugemuthet werden kann, sich einen andern Gegner und Schuldner gefallen zulassen [31]).

Gegenstand auch dieser Caution ist das Interesse des Klägers, welches aber allemal dem Gegenstand der Condemnation gleichkommt [32]). Denn um dieser als des letzten Zweckes der

Rudorff, Zeitschr. für Rechtsg. IV. S. 51) oder mit seinen Gläubigern accordirt hat u. s. w., ist Infamis. *Lex Iul. mun.* II. *vers.* 113—116.

29) *Gai. cit.* § 102. cuiusve bona a creditoribus possessa proscriptave sunt. *Cic. pro Quint.* 8. 15. 27. *Lex Iulia mun.* II. *vers.* 116—118. *Gai.* II. § 154. III. § 79. *L. 33. § 1. D. de reb. auct. iud.* (42. 5). Das Nähere unten §§ 105. 106 und 114.

30) *Gai. cit.* § 102. sive cum eo herede agatur, quem Praetor suspectum aestimaverit. Die Erbschaftsgläubiger haben die Wahl, ob sie auf separaten Concurs über die Erbschaft antragen oder den Erben gegen Caution belangen wollen. *L. 31. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *L. 1. § 11. L. 7. D. de separat.* (42, 6).

31) *Gai.* IV. § 101. Ab eius vero parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisdari debet: quia nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur.

32) *L. 2. § 2. D. de stip. praet.* (46, 1). *L. 9. D. h. t.*

Klage willen wird die Stipulation interponirt [33]; daher das Interesse auch nur Einmal aus der einen oder andern Clausel gefordert werden kann [34]). Als Bestärkung der Litiscontestation aber erweist sie sich darin, daß sie nur Kraft hat, wenn es zu dieser gekommen ist und daß sie mit diesem Judicium erlischt [35]).

II) Die **Prozeßstrafen** (poenae temere litigantium) [36]), welche der Unterliegende neben dem Verlust der Sache selbst zahlt und durch welche sowohl vom leichtsinnigen als schikanösen Prozessiren abgeschreckt werden soll, spielten in der Zeit der Legis Actiones eine noch größere Rolle als im Formularprozeß.

Denn im strengen Ordinarprozeß jener Zeit (sacramenti actio generalis) mußten allemal beide Partheien den Rechtsstreit durch ein Sacramentum, als Pfand für die Gerechtigkeit ihrer Sache, befestigen, welches vom Sieger zurückgenommen wurde, zur Strafe des Besiegten aber den Göttern verfiel [37]). Ganz im Geiste jenes ältesten Rechts wurden die verschiedenen Fälle der Schuld, Calumnia und Temeritas, nicht unterschieden, ja der Unschuldige mit diesem Succumbenzgeld bedroht, um durch diese Gefahr (periculum) ihn zur strengen Prüfung seines Rechts und der Beweise anzuregen. Denn, da in jener einfachen Zeit von Prozeßkosten kaum die Rede war, insbesondere der Sachwalter nicht einmal belohnt werden durfte, so hätte, abgesehen von jener Strafe, der Leichtsinnige bei dem Wagniß des Prozesses nur gewinnen können [38]). Nur bei dem friedlichen Streit

33) *L. 20. D. de acceptilat.* (46, 4). *Ulp.* Si accepta fuerit lata ob rem iudicatam clausula, Marcellus ait ceteras partes stipulationis evanuisse: propter hoc enim tantum interponuntur, ut res iudicari possit.

34) *L. 5. § 2. L. 17. L. 21. D. h. t.*

35) *L. 13. pr. L. 2. L. 8. L. 11. D. h. t. L. 8. § 3. D. qui satisdare* (2, 8). Daher die Bürgen auch nur wegen dieses Judiciums haften. *L. 3. L. 7. L. 13. § 1. L. 20. D. h. t. L. 64. § 1. D. de iud.* (5, 1).

36) *Gai.* IV. §§ 171—182. *cf. Inst.* 4, 16. de poena temere litigantium. Keller cit. § 58. Rudorff cit. II. § 84.

37) S. oben § 37.

38) Vgl. *§ 1. I. h. t.*

(iurgium), nicht um das Rechtsverhältniß selbst, sondern um seinen Inhalt, den ein unter Autorität der Gerichtsobrigkeit gewählter Schiedsmann (arbiter) nach Billigkeit schlichten sollte (legis actio per iudicis postulationem), fiel natürlich jene Strafe weg [39]). Umgekehrt mußte in dem strengen Executivprozeß (legis actio per manus iniectionem) der Beklagte, der bei der Vertheidigung durch den Vindex unterlag, die Ableugnung der öffentlich beglaubigten oder einer ähnlichen Schuld durch die höhere Strafe ihres doppelten Betrags büßen [40]).

Indem die Lex Aebutia die Legis Actiones überhaupt abschaffte, beseitigte sie vor Allem die sacramenti actio, also das regelmäßige Succumbenzgeld in allen nicht ausgenommenen Sachen. Nur in Centumviralprozessen wurde es beibehalten, verlor aber auch hier durch seinen im Verhältniß zu den gesteigerten Preisen geringen Betrag die praktische Bedeutung [41]).

Was trat nun als allgemeines Mittel, schikanöses oder leichtsinniges Prozessiren zu verhüten, an seine Stelle? Es ist bemerkenswerth, daß, als das materielle Element im Sacramentum, die Geldstrafe, wegfiel, man den religiösen Bestandtheil desselben festhielt, in Gestalt eines Gefährdeeides (iusiurandum de calumnia) [42]), welchen ganz allgemein der Beklagte auf Provocation des Klägers dahin ableisten muß, daß er nicht aus Schikane, sondern in gutem Glauben dessen Recht ableugne [43]), und ebenso der Kläger auf Verlangen des Be-

39) S. oben §§ 24. 46. 48.

40) S. oben § 45 Note 3. 20. 28. 33. 35. § 53 Note 17. Zwar wurde der Vindex condemnirt und mußte zahlen; aber durch seinen Regreß gegen den Schuldner traf diesen die Strafe.

41) *Gai.* IV. §§ 31. 95. Was waren jetzt 125 Sesterzen gegenüber einer selbst nicht beträchtlichen Erbschaft?

42) *Gai.* IV. § 171. Actoris quoque calumnia coërcetur: modo *rel.* — modo iureiurando. Die Stelle vom Beklagten p. 247 ist unlesbar. Auf die Stelle des prätorischen Edicts geht *Val. Prob.* § 5. In edictis perpetuis haec: 11. N. K. C. = non calumniae causa. *pr. I. h. t. L. 44. § 4. D. fam. erc.* (10, 2). Die speciellen Calumnieneide s. unten §§ 107. 119.

43) *Gai.* IV. § 172. permittit Praetor (*sc. actori*) iusiurandum (*sc. ab eo, cum quo agitur*) exigere, non calumniae causa infitias ire.

klagten, daß er nicht aus bloßer Schikane klage [44]). Ohne Zweifel war diese Eideszuschiebung ohne Gesetz in Gebrauch gekommen und dann von dem Prätor regulirt worden. Er schloß sie aus, wo den Beklagten oder den Kläger im Unterliegungsfall ohnedieß eine Strafe trifft, der Calumnia also hinreichend vorgebeugt schien [45]). In andern Fällen ließ er sie zu und erzwang selbst die Ableistung des Eides [46]). Die Zwangsmittel waren die im Civilprozeß gewöhnlichen, nehmlich für den Kläger die Versagung der Klage, und für den Beklagten seine Behandlung als Indefensus.

Abgesehen von diesem Eide wird die Calumnia in der Person des Klägers, d. h. die mit Bewußtsein des Unrechts erhobene Klage [47]) als Delict betrachtet und in allen Sachen mit einem Zehntheil, bei Interdicten mit dem vierten Theil des Prozeßgegenstandes, der dem Beklagten als dem Verletzten zufällt, gestraft [48]). Dieser hat also die Wahl, ob er von vorn

44) *Gai.* IV. § 176. Liberum est illi, cum quo agitur, iusiurandum (*sc. ab actore*) exigere, non calumniae causa agere.

45) Den Beklagten *Gai.* IV. § 172. Quodsi neque sponsionis, neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur, aut ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit Praetor iusiurandum exigere *rel. cf.* § 173. Die Strafe des Delicts und die Prozeßstrafe werden hier einander gleichgestellt. Den Kläger *Gai.* IV. § 176. Liberum est illi, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere, aut iusiurandum exigere *rel.* § 179. si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet. § 181. — si ab actore — restipulationis poena petatur, ei — neque iurisiurandi religio iniungitur *rel.*

46) *Gai.* IV. § 172. *fin.* iubet — eos iurare.

47) *Gai.* IV. § 178. qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victorias sperat, quam ex causa veritatis: calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Auch wenn er nachher die Klage fallen läßt; dieß heißt destitisse. *L. 10. D. de iud.* (5, 1).

48) *Gai.* § 174. Actoris quoque calumnia coërcetur modo calumniae iudicio *rel.* § 175. Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis causae, adversus interdicta autem quartae partis. *cf.* § 163. — § 178. — calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur, nisi qui intellegit *rel.* Note 47. Die Quelle dieses Judiciums kennen wir nicht; doch vermuthe ich, daß es, wie alle die Jurisdiction be-

herein dem Kläger jenen Eid zuschieben oder dieß calumniae iudicium entgegensetzen will [49]). Die Bestreitung des klägerischen Rechts von Seiten des Beklagten, wenngleich auch gegen besseres Wissen (calumnia), gilt für entschuldbarer und wird nicht allgemein gestraft.

Eigentliche Succumbenzgelder, d. h. Strafen, die der Unterliegende als solcher, ohne Rücksicht auf seine Schuld, und zwar jetzt immer dem Gegner zahlt, kennt der Formularprozeß nur noch ausnahmsweise bei bestimmten Klagen.

Für beide Partheien begründet eine solche die schon in der Zeit der Legis Actiones für die Condictio certae pecuniae durch Lex Silia an Stelle des Sacramentum vorgeschriebene sponsio und restipulatio auf den dritten Theil des Prozeßgegenstandes, welche im Formularprozeß für die condictio certi beibehalten wurde [50]). Der Prätor bediente sich derselben Form bei pecunia constituta durch Anwendung eines die Hälfte des Prozeßgegenstandes betragenden Succumbenzgeldes [51]). In beiden Fällen wurde indeß die Sponsio nur auf Verlangen des Klägers bestellt, der dann auch die gleiche Summe durch eine Restipulatio versprechen mußte [52]). Im Interdictsprozeß dagegen gehörten beide wesentlich zu der ursprünglichen Strenge des Verfahrens, die später nur bei den prohibitorischen

treffenden Klagen, prätorisch war. Vgl. die repromissio in Note 49.

49) *Gai.* IV. § 163. si calumniae iudicium ei oppositum fuerit. § 176. Note 45. calumniae iudicium opponere. Es wurde, wie es scheint, durch eine repromissio des Klägers vermittelt. *Cod. Hermog.* V. 3. *ed. Haenel. p.* 70. *ex Consult.* VI. 13. *Diocl. et Max.* — si per calumniam hoc eum facere confidis, remedio repromissionis initio postulatae, calumniae decimae partis eius quod petit tibi condemnari eum desiderare potes. Keller cit. Note 639 behandelt diese Kaiser, in deren Canzlei die classische Jurisprudenz noch lebendig war, zu wegwerfend. Weniger Glauben verdient die Nachklage des *Theophil.* IV. 16. § 1. — *Gell.* XIV. 2, 8. dimitti iam se (*sc. reum*) oportere et adversarium de calumnia condemnari, kann auch auf die restipulatio bei pecunia credita gehen.

50) S. oben § 44 Note 18, § 93 Note 27.

51) S. § 96 Note 66.

52) *Gai.* IV. § 171. ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur. Vgl. oben § 96 Note 67.

Interdicten beibehalten, bei den restitutorischen und exhibitorischen, wenn der Beklagte darauf antrug, durch die Formula arbitraria ersetzt wurde [53]).

Nur den Kläger trifft die Succumbenzstrafe des vom Beklagten opponirten contrarium iudicium, welche bei der actio iniuriarum ein Zehntel des Klagobjects und bei zwei die prätorische missio in possessionem betreffenden Klagen ein Fünftel beträgt [54]).

Nur den Beklagten trifft die Verdoppelung des Klagobjects in vier Fällen, wo früher die Legis Actio per manus iniectionem dieselbe Strafe des Leugnens mit sich führte [55]) (ubi lis infitiando crescit in duplum) [56]), nehmlich bei der actio iudicati [57]), depensi [58]), legis Aquiliae [59]) und beim Damna-

53) S. oben § 98 Note 17. 18. — Daß die Sponsio nicht auf pecunia certa credita beschränkt war, ergiebt auch die *lex Rubr. c.* 21. *v.* 7. vgl mit *c.*21. *v.*35.

54) *Gai.* IV. § 174. Actoris quoque calumnia coercetur: modo calumniae iudicio, modo contrario *rel.* § 177. Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur: velut si iniuriarum agatur; et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicetur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse (*Dig.* 25, 5); et si quis eo nomine agat, quod dicat, se a Praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse (*L. 1. pr. D. ne vis fiat ei, qui in poss.* 43, 4). sed adversus iniuriarum actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae. § 178. Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. nam calumniae iudicio X. partis nemo damnatur, nisi qui intellegit, non recte se agere *rel.* (s. Note 47). contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit; licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere.

55) S. Note 40.

56) *Gai.* IV. § 171. *reo infitiante ex quibusdam causis dupli actio constituitur*: velut si iudicati, aut depensi, aut damni iniuriae, aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur. § 9. Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae *l.* A. *et rerum* legatarum nomine, quae per damnationem certae relictae sunt. *rest. Böcking. Paul.* I. 19. § 1. Quaedam actiones, si a reo infitientur, duplantur, velut iudicati, depensi, legati per damnationem relicti, damni iniuria legis Aquiliae, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est. Vgl. Huschke in Zeitschr. für gesch. RW. XIII. S. 256—284. Rudorff XIV. Nr 9.

57) *Cic. pro Flacco* 21. Vgl. unten §§ 111. 118.

58) *Gai.* III. § 127.

tionslegat [60]). Warum man grade in diesen Fällen die alte Prozeßstrafe beibehielt, ist leicht erklärlich. Nicht ungestraft sollte der verurtheilte Schuldner den Rechtsstreit erneuern, der Hauptschuldner dem Bürgen den Ersatz seiner Auslage undankbar verweigern, der Erbe die Pietät gegen den Erblasser verletzen; der Beschädiger fremden Eigenthums endlich sollte zwar nicht wie der Dieb von vorn herein, aber wenn er sein Unrecht durch Leugnen erhöht, das Duplum des Schadens zahlen. — Die Infamia bei den actiones famosae kann nicht eigentlich zu den Prozeßstrafen gerechnet werden, da sie nicht Folge der Ableugnung, sondern des Dolus ist, der die Schuld begründet; auch bei Delicten sich nicht bloß an die Verurtheilung, sondern auch an das Pactum knüpft, wodurch die Klage abgewandt wird [61]). Aus demselben Grunde trifft die Infamia weder den Erben, noch den Vertreter des Beklagten [62]).

Allen Prozeßstrafen ist es gemein, daß sie weder unter sich, noch mit dem Gefährdeeid cumulirt werden können [63]).

59) *Gai.* III. § 216. *L. 2. § 1. L. 23. § 10. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). *L. 1. § 4. D. de his qui effud.* (9, 3). *L. 4. L. 5. C. I. de lege Aquil.* (3, 35).

60) *Gai.* II. § 282. Item si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur. Ursprünglich gewiß nur bei pecunia certa; später auf res certae ausgedehnt. *cf. § 7. I. de obl. quasi ex contr.* (3, 27). *Theophil. h. l.* So auch Keller, Civilpr. Note 681. — Die actio de modo agri *Paul. cit. cf.* II. 17. § 4. und die übrigen Fälle, die auf die Vorschrift der Zwölf Tafeln *Cic. de off.* III. 16. — cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, zurückzuführen sind, stehen eben so gewiß geschichtlich durch das ius nexi mit den vier genannten Fällen in Verbindung, als sie logisch nicht zu den Prozeßstrafen gehören.

61) *Gai.* IV. § 182. Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt *rel.*, knüpft diese Fälle nur lose an die Lehre von den Prozeßstrafen und bemerkt ausdrücklich: sed furti, aut vi bonorum raptorum, aut iniuriarum non solum damnati notantur infamia, sed etiam pacti. *§ 2. I. h. t.*

62) *L. 6. § 2. D. de his qui not.* (3, 2). *L. 2. pr. D. de obseq. par.* (37, 15).

63) *Gai.* IV. § 172. in Note 45. §§ 176. 179. Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet: sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae

Als wahre Strafen treffen sie nicht den Erben [64]), wohl aber einen Vertreter, der sich der Calumnia schuldig gemacht hat [65]). Frauen und Pupillen, die durch den Rath ihres Tutors zum Prozeß bestimmt werden, pflegte der Prätor die Sponsion zu erlassen [66]).

G. Außerordentlicher Verlauf.

a. Geständniß (confessio).

§ 105. Dem regelmäßigen Verlauf der Instruction vor dem Prätor durch Klage, Vertheidigung und Anordnung des Judiciums, der Litis Contestatio, steht zunächst als außerordentlicher Fall die Abwendung oder Aufhebung des Rechtsstreits durch das Geständniß des Beklagten (confessio) gegenüber, dessen Begriff und rechtliche Folgen zu bestimmen sind [1]).

Geständig (confessus) ist der Beklagte, wenn er persön-

iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet. § 181. — si ab actore — restipulationis poena petatur, ei neque calumniae iudicium opponitur, neque iurisiurandi religio iniungitur. § 136. — si arbitrum postulaverit is cum quo agitur — actor quoque sine poena (*sc. restipulationis*) experitur —; praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit.

64) *Gai.* IV. § 172. unde quia heredes, vel qui heredum loco habentur, nunquam poenis obligati sunt, — iubet (*sc. Praetor*) modo eos iurare. *rest. Lachm.* Text und Sache sind freilich großen Zweifeln unterworfen. Die poena dupli ab initio allerdings zahlte der Erbe nicht. Aber ob gegen ihn lis infitiando crescit in duplum? Gaius scheint dieß zu verneinen. Als Kläger ist auch der Erbe der calumnia und der temeritas fähig. *L. 42. D. de reg. iur.* (50, 17).

65) *L. 46. § 5. D. de procur.* (3, 3). *L. 6. C. I. de adm. tut.* (5, 37).

66) *Gai.* IV. § 172. item feminis pupillisque remitti solet poena sponsionis. *rest. Lachm.*

1) *Lex Rubr. c.* 21. 22. *Paul.* V. 5ª. §§ 2—5. *Dig.* 42, 2. *Cod. Iust.* 7, 59. de confessis. Vgl. meine Versuche S. 259—276. Savigny, System VII. §§ 303 folg. Keller, Civilpr. § 63. Rudorff, Rechtsg. II. § 66. Die folgende Darstellung weicht von meiner früheren und der Andrer darin ab, daß dem Unterschied des Rechts in den verschiedenen Zeiten noch mehr Bedeutung beigelegt wird.

lich[2]) vor dem competenten Magistrat[3]) dem Kläger oder dessen Vertreter gegenüber[4]) Alles einräumt, was zur Begründung der Klage behauptet wird[5]); also z. B. bei der in rem actio, daß die Sache Eigenthum des Klägers sei, oder von ihm, dem Beklagten, besessen werde[6]); bei der persönlichen Contracts- oder Quasicontracts-Klage, daß er, der Beklagte, das geforderte dare, facere, praestare oder restituere dem Kläger schulde[7]); bei der Pönalklage, daß er das Delict, dessen er beschuldigt

2) *Lex Rubria c.* 21. *vers.* 4, A quoquomque — petetur —, sei is, — dare oportere debereve se confessus erit. *c.* 22. *vers.* 29. sei is — se — debere confessus erit deixseritve. *L. 6. § 4. D. h. t. Ulp.* Sed an et ipsos procuratores vel tutores vel curatores fateri sufficiat, videamus? Et non puto sufficere. Vgl. Note 25. Der Pupill bedarf, wie zu allen Prozeßhandlungen, der auctoritas tutoris. *L. 6. § 5. eod.*

3) *Lex Rubria c.* 21. *v.* 3. *sqq.* in eorum quo oppido, municipio — in Gallia cisalpina — in iure apud eum, quei ibei iure deicundo praerit. *c.* 22. *v.* 27. *sqq.* et sei ea res erit, de qua re omnei pecunia ibei ius deicei iudiciave darei ex hac lege oportebit — in iure *rel. v.* 42. Romae apud Praetorem, eumve quei de ieis rebus Romae iure deicundo praeesset, in iure confessus esset. *L. 56. D. de re iud.* (42, 1). *L. un. C. I. h. t. L. 4. C. I. de repud. her.* (6, 31) *cf. Paul.* V. 5a. § 3. Confiteri quis in iudicio non tantum sua voce, sed et litteris et quocunque modo potest.

4) *Lex Rubr. c.* 21. *v.* 5. ei quei eam petet, vel quoius nomine ab eo petetur. *c.* 22. *v.* 30. iei, quei eam rem petit, deve ea re aget, aut iei, quoius nomine ab eo petetur quomve eo agetur. *L. 6. § 3. D. h. t. Ulp.* Si quis absente adversario confessus sit, videndum numquid non debeat pro iudicato haberi: quia nec qui iurat de operis obligatur, nec soleat quis absenti condemnari? Certe procuratorem, tutorem, curatoremve praesentem esse sufficit.

5) Wenn er irrthümlich einräumt, was der Kläger gar nicht behauptet, z. B. eine andre Schuld bekennt, als dieser einklagt, so ist er nicht confessus. *L. 2. D. h. t. Ulp.* Non fatetur, qui errat, nisi ius ignoravit. *cf. L. 116. § 2. D. de reg. iur.* (50, 17). *L. 57. D. de obl. et act.* (44, 7). Meine Versuche S. 271. Keller cit. Note 734. Rudorff cit. Note 15. Dagegen bezieht Savigny cit. S. 31 Note 6 die Stelle auf in integrum restitutio; sie leugnet aber die Existenz des Geständnisses.

6) *Lex Rubr. c.* 22. *v.* 32. *sqq.* eiusve eam rem esse aut se eam habere. Schon hier zeigt sich, daß die Confessio nicht auf die Formula und deren Intentio beschränkt war; denn der Besitz des Beklagten wurde darin nicht erwähnt. S. oben § 90 Note 6. Anders Keller, Rudorff cit.

7) *Lex Rubr. c.* 21. *v.* 4. *sqq.* eam pecuniam — dare oportere

wird, begangen habe, oder daß er sonst dafür verantwortlich sei [8]).

Insofern dieß Geständniß den Rechtsstreit aufhebt, ist eine Untersuchung und Entscheidung überflüssig geworden; es bleibt also nur übrig, wenn der Beklagte nicht freiwillig das leistet, dessen er sich schuldig bekannt hat, dem Kläger durch Execution zu dem Seinigen zu verhelfen. Dieß ist der Sinn der alten Rechtsregel, daß der geständige Beklagte dem Verurtheilten gleich zu achten sei (confessus pro iudicato habetur) [9]). Wohlverstanden! Der Confessus ist nicht Judicatus, sondern wird nur wie dieser behandelt, wo die Frage entsteht: in welchen Beziehungen? Dem Geständigen geschieht kein Unrecht, wenn er genöthigt wird, seine Worte durch die That zu bewähren; in dieser Hinsicht stehen sich beide Fälle gleich. Aber es ist doch zweierlei, ob der Richter nach geführter Untersuchung im Namen des Staats den Rechtsstreit entschieden, also neues Recht geschaffen hat, oder ob der Beklagte im ersten Anlauf, nicht um dem Kläger das behauptete Recht zu geben, dann wäre es diesem natürlich unwiderruflich erworben, sondern in der Meinung es sei begründet, dasselbe für begründet erklärt. An sich ist das Zurückgehen auf das wirkliche Recht hier nicht, wie dort, ausgeschlossen. In der That haben die Römer die Sache in verschiedenen Fällen und in verschiedenen Zeiten verschieden behandelt.

I) In der ältesten Zeit [10]) war das bei der Instruction

debereve se. *c.* 22. *v.* 32. *sqq.* eam rem dare facere praestare restituereve oportere aut se debere. Bei der formula incerta: quidquid dare facere oportet bezog sich die Confessio auf die mündlich oder durch die edirte Urkunde näher bestimmte Forderung des Klägers.

8) *Lex Rubr. c.* 22. *v.* 34. *sqq.* eamve rem, de qua arguetur, se fecisse, obligatumve se eius rei noxsiaeve esse confessus erit deixseritve. *L. 20. pr. D. de interrog. in iure* (21, 1). *Paul.* — qui confitetur se occidisse vel vulnerasse.

9) *L. 56. D. de re iud.* (42, 1) *Ulp.* In iure confessi pro iudicatis habentur. *L. 1. D. h. t. Paul.* Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. *Paul.* V. 5[a]. § 2.

10) S. oben § 36. Vgl. mit §§ 52. 53.

vor dem Prätor abgelegte Geständniß ein Theil der Legis Actio, überdieß vielleicht durch die Addictio des Prätors bekräftigt, also aus doppeltem Grunde unwiderruflich [11]). Die Folge war, daß der Kläger bei der Vindication das ihm zugestandene Recht, Eigenthum, Freiheit u. s. w. unter dem Schutz des prätorischen Imperiums sofort ausüben, wegen einer zugestandenen Geldschuld (aes confessum) nach Ablauf der gesetzlichen Zahlungsfrist (tempus iudicati) sich der Person und der Habe des Schuldners bemächtigen konnte, zunächst nur pfandweise, wenn aber eine zweite Frist verstrichen war, zu seiner definitiven Befriedigung [12]). Eben deshalb, weil hier die Form entschied, konnte in diesen beiden Fällen die Legis Actio und Confessio auch zur Uebertragung des Eigenthums oder zur Contrahirung einer Schuld gebraucht werden. In andern Fällen, wo noch keine bestimmte Geldschuld vorlag, trat noch ein arbitrium liti aestimandae in die Mitte, dem aber die vollzogene Legis Actio, also die unwiderrufliche Confessio über den Klaggrund zum Maaßstab diente.

II) Im Formularprozeß der republikanischen Zeit [13]) ist die Confessio zunächst nur ein Theil der unförmlichen Erklärungen der Partheien vor dem Magistrat, welche erst durch Aufnahme in die Formula und durch die Litis Contestatio unwiderruflich werden. So für den Kläger, der seine Klage noch bis dahin verbessern oder ganz zurücknehmen kann. Um so mehr für den Beklagten, dessen Vertheidigung begünstigt (favorabiliores potius rei habentur), d. h. in jeder rechtlich zuläßigen

11) *Gai.* II. § 24. quo negante aut tacente, tunc ei, qui vindicavit, eam rem addicit. idque legis actio vocatur, obgleich ein Sacramentum nicht bestellt war. *cf.* IV. § 108. — qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat. Die Addictio kann dem Agnitionsresolut der Preußischen allg. Gerichtsordnung I. 8. §§ 14—16. tit. 24. § 4 verglichen werden.

12) Eine Addictio bekräftigte diese Confessio wohl nicht; aber die legis actio: AIO TE MIHI M AERIS DARE OPORTERE u. s. w., war auch hier, wenngleich ohne Sacramentum, durch Confessio vollzogen.

13) Hauptquelle ist hierfür die Lex Rubria nach 712 d. St. *cap.* 21. 22.

Weise ermöglicht wird. Auch sein Geständniß ist also an sich nicht unwiderruflich. Der weitere Verlauf aber kann noch ein verschiedener sein:

1) Der Beklagte erklärt sich zur Leistung dessen, was der Kläger fordert und er zugesteht, bereit, zahlt auch oder befriedigt diesen sofort [14]), oder in Folge einer vom Prätor ihm gesetzten Frist [15]). Damit ist die ganze Sache zu Ende.

2) Der Beklagte kann aber auch noch sein Geständniß, wenn er es bereut, zurücknehmen und auf das der Klage entsprechende Judicium provociren, mit oder ohne Sponsio und Satisdatio, wie es deren Natur mit sich bringt [16]). Die nothwendige Folge ist dann, daß die ganze Sache, wie sonst ge-

14) *Lex Rubr. c.* 21. *v.* 6. *sq.* neque id quod confessus erit solvet satisve faciet. *c.* 22. *v.*34. *sqq.* neque de ea re satis utei oportebit faciet — aut non restituet. Nur dann soll der Confessus pro damnato sein und die Execution zu fürchten haben, wenn er dieß nicht thut.

15) Vgl. unten Note 23. 38.

16) *Lex Rubr. c* 21. *v.* 7. aut se sponsione iudicioque utei[ve] oportebit non defendet. *c.* 22. *v.*35. *sqq.* neque de ea re satis utei oportebit faciet, aut, sei sponsionem fierei oportebit, sponsionem non faciet, aut non restituet neque se iudicio utei oportebit defendet. Also ist die Defensio in einem Judicium noch möglich; im Fall des *cap.* 21., pecunia certa credita, mit der gesetzlichen sponsio tertiae partis, in den Fällen des *cap.* 22. bald mit Sponsion, z. B. bei pecunia constituta, den Interdicten, bald ohne, immer aber uti oportebit, also z. B. bei der in rem actio mit satisdatio iudicatum solvi u. s. w. und die Execution wird dadurch ebensowohl, wie durch Satisfactio, abgewendet. Man scheint dieß bisher deshalb übersehen zu haben, weil man diese Worte des Gesetzes zu dem Folgenden zog, welches aber *vers.* 8. durch seive, *vers.* 36. durch aut sei sehr bestimmt als ein zweiter Hauptfall, das non respondere, bezeichnet wird. Bei der Recapitulation *vers.* 11. 15. 41. 49. wird zwar das sponsione iudicioque non defendere scheinbar als ein dritter Fall genannt; in der That aber nur der Kürze halber zusammengefaßt, was in dem eigentlichen tenor legis den beiden Hauptfällen untergeordnet ist. Wäre dieß nicht die Meinung gewesen, so müßten wir eine sorglose und unklare Fassung jenes tenor annehmen, wovon die Gesetze dieser Zeit kein andres Beispiel aufweisen. Rudorff macht mich darauf aufmerksam, daß er in seiner Rechtsg. II. S. 287 Note 10 dieselbe Construction angenommen, nimmt sie aber jetzt zurück und bestreitet meine Auslegung. Ich kann mich von deren Unrichtigkeit nicht überzeugen und stelle dem Leser anheim, sich für die eine oder andre zu entscheiden. — Für die Widerruflichkeit des Geständnisses vgl. auch Note 23. 34. 45. 46. 65.

wöhnlich, untersucht und durch das Urtheil des Judex entschieden wird, wobei es dessen Ermessen anheim gestellt bleibt, welches Gewicht er dem in iure abgelegten, aber widerrufenen Geständniß, gleich andern Beweisen, für seine Ueberzeugung beizulegen für gut findet [17]). Denn die Formel mit ihrem gewöhnlichen SI PARET weist ihn darauf an; auf das Geständniß kann in derselben keine besondere Rücksicht genommen werden.

Dieß litt jedoch eine Ausnahme in zwei Fällen, ubi lis infitiando crescit in duplum, nämlich bei der actio legis Aquiliae und dem Damnationslegat. Denn durch die Drohung jener Succumbenzstrafe sollte ja der Beklagte zum Geständniß bewogen werden. Für den Fall, daß er dieses ablegte, der Gegenstand der Klage aber der Litis Aestimatio wegen noch ein Judicium nothwendig machte, mußte also der Prätor in seinem Edict eine besondere, auf die Confessio gegründete Formula (confessoria actio) aufstellen [18]). Diese wies den Judex an, den Klaggrund, also z. B. daß der Beklagte das damnum iniuriae begangen, als feststehende Voraussetzung zu behandeln, also nur das Interesse, über das die Partheien sich nicht einigen konnten, zu schätzen [19]), und den Beklagten zum Simplum zu condemniren [20]). Nur wenn der objective Thatbestand sich als nicht begründet erwies, oder kein zu schätzender Schaden

17) Es gilt davon, was von einem den Judex nicht bindenden Eide *L. 13. D. de iureiur.* (12, 2) sagt, multum tamen fidei et auctoritatis apud iudicem patronum habiturum, quo magis solum se patronum probaret, quod libertus iurasset, alterum patronum non esse.

18) *L. 23. § 11. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). *Ulp.* giebt ihr diesen Namen. *cf. L. 20. pr. D. de interrog. in iure* (11, 1). *Paul.* litem subiit hoc genere. Einen Versuch die Formel zu restituiren s. bei Huschke, Zeitschr. für gesch. RW. XIII. S. 31 folg.

19) *L. 25. § 2. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). *Ulp.* Notandum, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes. *L. 26. eod. Paul.* Puta enim, quod qui convenitur fateatur se occidisse, et paratus sit aestimationem solvere, et adversarius magni litem aestimat.

20) *L. 23. § 10. D. eod. Ulp.* Haec actio adversus confitentem competit in simplum. *Coll.* II. 4. *Ulp. — ad edictum sub titulo*: si fatebitur iniuria occisum esse in simplum *rel.*

vorlag, mußte er ihn absolviren [21]). Ebenso beim Damnationslegat einer res certa [22]). Denn ging dieses auf certa pecunia, so hatte der Beklagte, wie bei iudicatum und depensum, die Wahl, entweder unter Widerrufung seines Geständnisses das Judicium in duplum zu übernehmen, oder zu zahlen [23]). In jenen beiden Fällen aber wurde das Geständniß durch die darauf gegründete Formula und die Litis Contestatio unwiderruflich, erzeugte also eine neue Obligation; nur in integrum restitutio dagegen war, wie auch sonst gegen diese, noch möglich [24]). Durch die Confessio und Litis Contestatio eines Vertreters des Beklagten übernimmt jener diese Obligation und wird dieser liberirt [25]).

3) Nur wenn der geständige Beklagte weder den Kläger befriedigt, noch zur Uebernahme des Judiciums der einen oder andern Art bereit ist, gilt er pro damnato [26]), und wird die Execution vom Magistrat verfügt. Auch die Executionsmittel

21) *L. 4. D. h. t. Paul.* — si tamen occisus sit homo.

22) *L. 71. § 3. D. de leg.* 1. (30). *L. 61. D. ad leg. Falc.* (35, 2). Wenn die legirte Sache nie existirt hat, so ist ihre Schätzung unmöglich; ihr Untergang aber liberirt den Erben nicht. *L. 3. D. h. t.* Vgl. unten Note 44.

23) *L. 71. § 2. D. de leg.* 1. (30). *Ulp.* In pecunia legata confitenti heredi modicum tempus ad solutionem dandum est, nec urgendum ad suscipiendum iudicium (also mit der poena dupli kann er dieses noch übernehmen): quod quidem tempus ex bono et aequo Praetorem observare oportebit.

24) *L. 6. § 5. D. h. t. cit.* Note 44. Savigny cit. S. 36 leugnet die Möglichkeit der Restitution in diesem Fall, weil das Geständniß Vergleichsnatur habe. Aber ist sie nicht auch gegen den Vergleich möglich?

25) *L. 20. pr. D. de interrog. in iure* (11, 1). Der Vertreter mußte es eigentlich auf sich richten; anders gefaßt begründet es indeß die utilis actio gegen ihn. *L. 25. § 1. D. ad leg. Aquil.* (9, 2).

26) *Lex Rubr. c.* 21. *v.* 9. *sqq.* tum de eo, a quo ea pecunia peteita erit, deque eo, quoi eam pecuniam darei oportebit, siremps res lex ius caussaque omnibus omnium rerum esto, atque utei esset esseve oporteret, sei is, quei ita confessus erit, — eius pecuniae iei, quei eam suo nomine petierit, quoive eam darei oportebit, ex iudicieis dateis iudicareve recte iusseis iure lege damnatus fuisset. In *cap.* 22. fehlt dieß, weil es in den Zusammenhang nicht paßte, überdieß durch die Verweisung auf den Gerichtsgebrauch des Prätors *vers.* 40. *sqq.* überflüssig war.

aber sind jetzt andere [27]), nehmlich nicht mehr auf directe Befriedigung des Klägers durch Uebergabe der streitigen Sache oder der Person des Schuldners gerichtet, sondern die Befriedigung nur vorbereitend, insofern also mildere und in allen Fällen, auch wo noch keine liquide Geldschuld vorliegt, dieselben. Namentlich 1) die gesetzlich geregelte Schuldhaft (duci iubere) [28]) und 2) die rechtlich davon unabhängige, allgemeine Vermögensexecution, missio in possessionem bonorum und bonorum proscriptio [29]), also die Einleitung des Concursprozesses. Auch hierdurch ist dem Beklagten weder die Satisfactio, noch die Defensio definitiv abgeschnitten; bis zur bonorum venditio kann er auch die letztere, wenngleich unter schwereren Bedingungen, noch aufnehmen [30]). Durch Vollziehung des Güterverkaufs aber tritt der bonorum emptor an seine Stelle, gegen welchen der Kläger nun seinen dinglichen oder persönlichen Anspruch verfolgt [31]).

III) In der Kaiserzeit ist das Recht des Confessus zunächst unter dem Einfluß der jetzt waltenden arbiträren Milde und

27) Vgl. unten §§ 113. 114.

28) *Lex Rubr. cit. vers.* 14. *sqq.* Queique quomque IIvir IIIIvir Praefectusve ibei iure deicundo praerit, is eum, quei ita quid confessus erit — tantae pecuniae, quanta ea pecunia erit, de qua tum inter eos ambigetur — sine fraude sua duci iubeto; queique eorum quem, ad quem ea res pertinebit, duxserit, id ei fraudi poenaeve ne esto; quodque ita factum actum iussum erit, id ius ratumque esto. Für die Schuldhaft in anderen Fällen s. c. 22. in der folgenden Note.

29) *Lex Rubr. c.* 21. Note 28 erwähnt sie nicht, weil der Municipalmagistrat in Gallia cisalpina sie nicht verfügen konnte. S. oben § 59 Note 24. 25. *cap.* 22. ordnet sie in allen andern Sachen an, außer pecunia certa credita HS. XV, reservirt sie aber dem Prätor in Rom: *vers.* 50. *sqq.* dum ne quis de ea re nisei Praetor isve quei Romae iure deicundo praerit, eorum quoius bona posside-rei proscreibeive veneire duceique iubeat, der sie natürlich innerhalb seiner Competenz auch wegen pecunia certa credita verfügen konnte und als die ordentliche Vermögensexecution regelmäßig verfügte. Hieraus erklärt sich auch die Reihenfolge der Titel des Edicts und der Pandekten. *Dig.* 42, 1. de re iudicata. 2. de confessis. 4. quibus ex causis in possessionem eatur. 5. de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis.

30) Mit satisdatio iudicatum solvi s. oben § 104 Note 29.

31) *Gai.* III. § 81. IV. §§ 35. 65. *sqq.*

Strenge, dann durch gesetzliche Bestimmung im praktischen Interesse, abermals ein anderes geworden[32]).

1) Nach Einführung der cessio bonorum durch die Lex Julia kann der geständige, wie der verurtheilte Schuldner, wenn er seinen Gläubigern sein ganzes Vermögen zum Besitz und Verkauf freiwillig hingiebt, sich von der Schuldhaft befreien[33]). Doch kann er dieß vor vollzogenem Verkauf auch noch beweisen und seine Defensio wieder aufnehmen[34]). Also auch in diesem Fall ist die Confessio nicht unwiderruflich.

2) Durch kaiserliche Rescripte seit Antoninus Pius, also durch das ius extraordinarium, wurde neben der allgemeinen Vermögensexecution durch Missio in Bona, wodurch es zum Concurs kam, die individuelle Beitreibung einer Geldschuld durch Pfändung einzelner Vermögensstücke (pignoris capio) sowohl gegen den geständigen als den verurtheilten Schuldner eingeführt[35]). Nun lag es in der Hand des Magistrats, im ersten Fall sua potestate mit dieser Execution vorzugehen, oder wegen Uebereilung den Widerruf des Geständnisses und ein Judicium noch zuzulassen, was indeß nach den verschärfenden Bestimmungen von M. Aurel nicht leicht geschah[36]). Ein Recht auf Gehör hatte der Schuldner nicht, da aus der Confessio nicht, wie aus dem Judicat, eine actio gegeben wurde,

32) Nur für dieses neuere Recht sind die Stellen der classischen Juristen sichere Beweise.

33) *L. 8. D. de cessione bonorum* (42, 3). *Ulp.* Qui cedit bonis, antequam debitum agnoscat, condemnetur vel in ius confiteatur, audiri non debet. *cf. Gai.* III. § 78. Bona autem veneunt —: item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt. S. unten § 114.

34) *L. 3. L. 5. D. eod. Paul.* Quem paenitet bonis cessisse, potest defendendo se consequi, ne bona eius veneant.

35) *L. 31. D. de re iud.* (42, 1). *Callistr.* giebt eines dieser Rescripte, von Ant. Pius. *cf. L. 9. C. I. de exec. sent.* (7, 53). *Diocl. et Max.* — secundum ea, quae saepe constituta sunt. *Paul.* V. 5ª. § 4.

36) *L. un. C. I. h. t. Antoninus* (*Caracalla*). Confessos in iure pro iudicatis haberi placet. Quare sine causa desideras recedi a confessione tua, cum et solvere cogeris. Vgl. Note 40 und oben Note 23. Auch die Appellation gegen die Execution war ausgeschlossen. *Paul.* V. 35. § 2. — appellationes —, quae ab executoribus et confessis fiunt, recipi non placuit.

also auch die dagegen noch mögliche Vertheidigung (in duplum revocatio) ausgeschlossen war[37]). Nur eine Zahlungsfrist wurde ihm unter Umständen bewilligt[38]).

3) Eine oratio divi Marci endlich hat dem Grundsatz confessum pro iudicato haberi im Interesse der Ordnung des Verfahrens die weiteste Ausdehnung gegeben, so daß über das Zugestandene sowenig eine Untersuchung mehr zugelassen werden soll, als in Folge der Eideszuschiebung über das Beschworne[39]). Zwar in dem Sinn, daß sofortige Execution eintritt, ist nur der dem Verurtheilten gleich, der eine bestimmte Geldschuld vor Gericht eingestanden hat[40]). Daher soll, wer sonst einen Vermögensanspruch vor Gericht einräumt, um die Sache wo möglich rasch zu erledigen, zunächst aufgefordert werden, sich zur Zahlung eines bestimmten Interesses, das den Kläger befriedigt, zu verstehen[41]). Ist dieß aber nicht zu erreichen, so wird der zugestandene Grund der Klage als feststehend behandelt und falls der Beklagte nicht sofort oder innerhalb einer ihm gesetzten Frist das ursprüngliche Object derselben leistet, ein Judex, nicht mit der Untersuchung, sondern mit der Schätzung der Sache beauftragt[42]). Ohne Zweifel gab

37) *Paul.* II. 1. de rebus creditis § 1. In pecuniariis causis *rel.* § 5. Si quis debitum quocunque modo [*Paul.* in iure (?) *cf.* V. 5a. § 3.] confessus docetur, ex ea re actio creditori non datur, sed ad solutionem compellitur. V. 5a. § 5. Confessionem suam reus in duplum revocare non potest. Vgl. unten § 118.

38) *L. 6. § 6. D. h. t. Ulp.* Confessi utique post confessionem tempora quasi ex causa iudicati habebunt. *L. 21. D. de iud.* (5, 1). *L. 71. § 2. D. de leg.* 1. (30). *L. 31. D. de re iud.* (42, 1). *Paul.* V. 5a. § 2. *cf. Gai.* III. § 78.

39) *L. 56. D. de re iud.* (42, 1). *Ulp. lib. 27. ad edictum.* Post rem iudicatam, vel iureiurando decisam, vel confessionem in iure factam nihil quaeritur, post orationem divi Marci: quia in iure confessi pro iudicatis habentur.

40) *L. 6. pr. D. h. t. Ulp.* Certum (= *certam pecuniam*) confessus pro iudicato erit. Vgl. oben § 88 Note 18.

41) *L. 6. § 1. D. eod. Ulp.* Si quis incertum confiteatur vel corpus sit confessus, Stichum vel fundum dare se oportere, urgeri debet, ut certum confiteatur: item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur.

42) *L. 6. § 2. D. eod. Ulp.* Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis, per-

der Prätor eine der oben erwähnten actio confessoria ähnliche in factum actio. In allen diesen Fällen wird also gleichfalls das Geständniß durch Aufnahme in die Formula und durch die Litis Contestatio unwiderruflich und begründet, weil sie jeden Falls zu einer Condemnation führt, eine neue Obligation. Nur die natürliche oder rechtliche Unmöglichkeit des Eingestandenen hat die Absolution des Beklagten zur Folge[43]). Wegen Irrthums ist aus allgemeinen Gründen noch in integrum restitutio möglich[44]).

Verwandt ist diesen Fällen der andere, da in einer Cognitionssache, z. B. einer Klage aus Fideicommiß, der Beklagte vor dem Prätor den Klaggrund zugestanden hat, und zur näheren Bestimmung seiner Leistungen durch Berechnungen u. s. w. ein Arbiter bestellt wird; der Erfolg aber doch ein anderer. Ergiebt die Berechnung, daß der Beklagte nichts schuldig sei, so soll der Arbiter selbst ihn absolviren. Zeigt sich aber nachträglich, daß die Schuld überhaupt nicht zu Recht bestehe, so kann er ihn nicht absolviren, weil er keinen Auftrag hat, darüber zu urtheilen; aber auch nicht condemniren, weil die Voraussetzung seines Auftrags weggefallen ist; er muß also die Sache dem Prätor remittiren, damit dieser den Beklagten absolvire[45]). Hierin liegt der indirecte Beweis, daß auch im Or-

inde habearis, atque si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset. Et si alia quacunque actione civili vel honoraria vel interdicto exhibitorio vel restitutorio vel prohibitorio dum quis convenitur, confiteatur, dici potest, in his omnibus subsequi Praetorem voluntatem orationis divi Marci debere, et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato haberi. Dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restituendum: et si non restituatur, lis aestimabitur. Die Ertheilung der Formula, die Bestellung eines iudex rei aestimandae causa, hinter si non restituatur, haben die Compilatoren gestrichen.

43) *L. 5. D. h. t. Ulp. lib. 27. ad edict.* (*cf. L. 56. cit.* Note 39) Qui Stichum debere se confessus est, sive mortuus iam Stichus erat, sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est. *cf. L. 8. eod.* und Note 21 und 66.

44) *L. 6. § 5. D. h. t. Ulp.* Minorem a confessione sua restituemus.

45) *L. 7. D. h. t. Africanus.* Vgl. Versuche S. 285. Savigny cit. S. 31 Note a bezieht auch diese Stelle auf in integrum restitu-

dinarprozeß nicht eine mit der Confessio selbst als einer förmlichen Handlung oder wegen der Autorität des Prätors verbundene Fiction seiner inneren Wahrheit, sondern die auf dasselbe gegründete Formula und Litis Contestatio seine Unwiderruflichkeit begründet.

Ueberall kann diese aber nur in Rechtsverhältnissen eintreten, welche der Privatdisposition unterliegen, nicht wo ein höheres öffentliches Interesse in Betracht kommt, also z. B. nicht bei Statusklagen [46]).

Die Confessio in Jure bezieht sich ihrem Begriff nach auf das gesammte streitige Rechtsverhältniß. Geständnisse über einzelne Thatsachen des Klaggrundes konnten ihre Wirkung nicht haben, weil sie die Untersuchung im Judicium nicht entbehrlich machten und die Formula auf das Bestrittene nicht beschränkt werden konnte. Es blieb also auch hier dem Judex überlassen, welchen Werth er jenen Geständnissen als Beweisen beilegen wollte.

Eine Ausnahme bilden jedoch in dieser Beziehung die früher schon erwähnten interrogationes in iure factae [47]), d. h. die förmlichen, von dem Kläger selbst oder auf seinen Antrag durch den Prätor [48]) bei der Instruction (in iure) [49]) an den Beklagten gerichteten Fragen über Thatsachen der Passivlegitimation, d. h. die sein Verhältniß zur Sache bedingen. Es sind dieß Thatsachen, die er allemal wissen muß, so daß sowohl die Verweigerung einer Erklärung als die Ableugnung

tio, wovon sie keine Andeutung enthält.

46) *L. 24. L. 39. C. I. de lib. causa* (7, 16). *cf. L. 22. C. I. de agricolis* (11, 47). Das Geständniß steht also in dieser Beziehung dem Eide nicht gleich, s. § 107 Note 21; ein neuer Beweis dafür, daß es nicht förmliche Wahrheit macht.

47) Vgl. oben § 86 Note 13. *Dig.* 11, 1. *de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus.* Vgl. meine Versuche S. 276 folg. Savigny, System VII. §§ 305 folg. Keller, Civilpr. § 51. Rudorff, Rechtsg. II. § 83.

48) *L. 9. § 1. L. 11. § 9. D. h. t.* So auch der Procurator Caesaris als Richter in Fiscalsachen. *L. 22. eod.* Vgl. oben § 81 Note 32. Bei der Formlosigkeit des Verfahrens in iure auch ohne ausdrückliche Frage. *L. 9. pr. eod.*

49) *Rubr.* und *L. 4. § 1. D. h. t.*

Calumnia sein würde, während ihr Beweis für den Kläger schwierig ist [50].

In drei Fällen dieser Art hatte der Prätor in seinem Edict versprochen, zunächst den Beklagten zur Antwort (responsio) zu nöthigen, und wie dieser sich auch dazu verhalten möge, eine darauf gegründete Klage (interrogatoria actio) zu geben [51]. Die Fälle sind folgende: 1) Schuldklagen gegen den Erben, wo außer der Berufung desselben zur Erbschaft und deren Erwerb [52], sein Erbtheil, zu welchem er auch die Erbschaftsschulden zu tragen hat, eine für den Kläger schwer zu beweisende, für den Erfolg der Klage aber entscheidende Thatsache bildet [53]. 2) Bei Klagen gegen den Vater oder gegen den Herrn aus dem Delict des Sohnes oder des Sklaven, also Noxalklagen, muß jener sich darüber erklären, ob er diesen in seiner Potestas habe [54]; aus einem Contract, also bei der actio de peculio, ob er über ein Peculium verfüge [55]. 3) Bei der actio de pauperie, ob er, der Beklagte, Eigenthümer des schädigenden Thieres sei [56]. — Aber auch in andern Fällen, wo es ihm billig dünke, hatte der Prätor sich vorbehalten, solche Fragen zuzulassen und deren eigenthümliche Folgen zu bestimmen [57].

50) *L. 2. D. h. t. Ulp.* Edictum de interrogationibus ideo Praetor proposuit, quia sciebat difficile esse ei, qui heredem bonorumve possessorem convenit, probare aliquem heredem bonorumve possessorem esse. *L. 3. eod.*

51) *Rubr.* und *L. 1. § 1. L. 22. D. h. t.* Versuche zur Restitution der Formeln s. bei Savigny cit. S. 23. Rudorff cit. S. 277. Vgl. Keller cit. Note 606.

52) *L. 2. L. 3. cit.* Note 50. Nur ausnahmsweise wegen eines Interesses des Klägers auch: quo iure heres sit? *L. 9. §§ 6. 7. D. h. t.*

53) *L. 1. pr. D. h. t. Callistr.* — Est autem interrogatio (*sc. qua ex parte heres sit*) tunc necessaria, cum in personam sit actio et ita si certum petetur, ne dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres exstiterit, interdum plus petendo (*Tribonian.*) aliquid damni sentiat (*Callistr.* causa cadat). Vgl. oben § 87 Note 10. *L. 9. § 5. L. 11. §§ 1—3. D. h. t.*

54) Nähere Bestimmung der Potestas über den Sklaven *L. 16. pr. D. h. t. L. 21. § 3. D. de nox. act.* (9, 4). *L. 215. D. de verb. sign.* (50, 16.) Für den filius familias *L. 13. pr. D. h. t. Gai.* IV. § 75.

55) *L. 9. § 8. D. h. t. cf. § 4. I. quod cum eo* (4, 7).

56) *L. 7. D. h. t.*

57) *L. 21. D. h. t. Ulp.* Ubicunque iudicem (= *magistra-*

In jenen Hauptfällen nöthigt der Prätor den Beklagten dadurch zu einer bestimmten Antwort, daß er im Fall des Schweigens oder einer unbestimmten Erklärung, also der Contumacia, die angestellte Klage gegen ihn in solidum, d. h. als heres ex asse oder ohne noxae datio oder Beschränkung auf das Peculium ertheilt[58]). Nur eine Bedenkzeit wird ihm unter Umständen bewilligt oder die Antwort vorläufig erlassen, wenn die fragliche Thatsache an sich noch nicht feststeht[59]).

Die bestimmte Erklärung des Beklagten aber bindet ihn, nicht den Kläger. Dieser hat also die Wahl, — entweder, soweit sie ein Zugeständniß enthält, seine Klage darauf zu gründen, also ihn als Erben, als Inhaber der Potestas, als Eigenthümer, insoweit er es zu sein bekannt hat, zu belangen, wo alsdann der Beweis des Gegentheils nicht mehr zugelassen wird[60]), — oder den Beklagten der Lüge zu überführen, zu deren Bestrafung dieser dann gleichfalls in solidum, d. h. als heres ex asse oder ohne Noxae Datio und Beschränkung auf das Peculium condemnirt wird[61]).

Ueberall ist also der Beklagte durch sein Schweigen oder Reden dem Kläger gegenüber[62]), wie durch Contract, obligirt[63]);

tum) aequitas moverit, aeque fieri interrogationem dubium non est.

58) *L. 11. §§ 4—7. L. 19. D. h. t.*

59) *L. 5. L. 6. D. h. t.*

60) *L. 11. §§ 1. 2. L. 7. L. 8. L. 14. D. h. t.* Andere Thatsachen des Klaggrundes sind natürlich noch zu beweisen, auch die ihn betreffenden Exceptionen zuzulassen. *L. 12. § 1. eod.*

61) *L. 11. § 3. D. h. t. Ulp.* Si cum esset quis ex semisse heres, dixerit ex quadrante: mendacii hanc poenam feret, quod in solidum convenitur. *L. 1. § 15. D. si quadrupes* (9, 1). *L. 17. D. h. t. L. 21. § 2. L. 22. § 4. D. de nox. act.* (9,4). Diese Klage ex mendacio geht nicht gegen den Erben. *L. 26. § 5. eod.* Die Möglichkeit der Eideszuschiebung, die der Prätor bei der Noxalklage ausdrücklich erwähnte, findet wie bei jeder Ableugnung des Beklagten statt und hat die allgemeinen Folgen. Vgl. Rudorff cit S. 276.

62) Nicht Dritten *L. 22. D. h. t.*

63) *L. 11. § 9. D. h. t. Ulp.* Qui interrogatus responderit, sic tenetur quasi ex contractu obligatus. — nihil facit Praetoris auctoritas, sed ipsius responsum sive mendacium. *L. 39. pr. D. de procur.* (3, 3). *Ulp.* — si responderit vel tacuerit, tenebitur.

ein Vertreter für ihn, und er selbst dann, wie durch Expromissio liberirt[64]); vorausgesetzt, daß die actio interrogatoria durch Litis Contestatio bindend geworden. Denn bis dahin wird ihm noch gestattet, seinen Irrthum zu berichtigen[65]). Nachher wird er nur im Fall natürlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit des Eingestandenen absolvirt[66]); und in integrum restitutio kann nicht nur er[67]), sondern auch der Kläger, wenn er lädirt ist, aus den gewöhnlichen Gründen erbitten[68]).

Von den Fällen, wo der Prätor vermöge seiner allgemeinen Befugniß interrogationes in iure mit eigenthümlichen Folgen zuläßt[69]), sind zwei ihrer Bedeutung wegen hervorzuheben:

1) Wenn wegen des von einem benachbarten Grundstück drohenden Schadens cautio damni infecti gefordert wird, kann der Bedrohte den Nachbar fragen, ob und zu welchem Theil er Eigenthümer sei, weil davon die Cautionsforderung abhängt. Verweigert dieser die Antwort, so tritt die auch bei verweigerter Caution gewöhnliche missio in possessionem ein[70]).

2) Bei der Vindication hat der Kläger ein wesentliches

64) Die responsio gehört zur defensio. *L. 39. pr. cit. L. 9. §§ 3. 4. L. 18. D. h. t.* Durch die responsio suo nomine wird der wahre Erbe nicht liberirt; wohl aber der wahre Herr des Sklaven, weil beide wie Miteigenthümer haften. *L. 20. pr. L. 8. D. h. t. L. 26. § 3. D. de nox. act.* (9, 4),

65) *L. 11. § 12. D. h. t. Ulp.* — licere responsi paenitere. *L. 26. § 5. D. de nox. act.* (9, 4). *Paul.* Et ideo, si negaveris servum in tua potestate esse, postea fateri poteris: nisi si iam lis adversus te contestata est.

66) *L. 13. L. 14. L. 16. D. h. t.* Vgl. oben Note 21. 43.

67) *L. 11. §§ 8—10. L. 12. pr. D. h. t. L. 26. § 5. cit.*

68) *L. 18. D. h. t.*

69) Dahin gehört die Frage nach dem Alter des Beklagten, die in verschiedenen Beziehungen für den Kläger von Interesse sein kann. *L. 11. pr. D. h. t.* Nicht aber die Frage nach der Thäterschaft bei der legis Aquiliae actio, die zum Klaggrund gehört. *L. 20. pr. D. h. t. cit.* Note 25 unterscheidet bestimmt die darauf gerichtete confessio in iure und andre Fälle der interrogatio und responsio. Anders Rudorff cit. Note 15. Auch die Frage des Ehemanns an die geschiedene Frau, ob sie von ihm schwanger sei, gehört nicht hieher. Savigny cit. S. 22 Note 1.

70) *L. 10. D. h. t. Paul.* Non alienum est *rel. L. 20. § 2. eod. cf. L. 27. L. 40. § 3. D. de damno inf.* (39, 2).

Interesse zu wissen, ob der Beklagte die Sache, und zu welchem Theil er sie besitze, weil der Erfolg des Prozesses davon abhängt [71]). Der Beweis kann nicht bloß bei beweglichen Sachen, sondern auch bei unbeweglichen, z. B. einem Provinzialgrundstück, während er in Rom klagt, für ihn schwierig sein. Die Natur der Sache macht es daher wahrscheinlich, daß der Prätor auch hier, wenn der Kläger sich nicht den Beweis im Judicium vorbehalten wollte, eine interrogatio in iure zuließ, und Zeugnisse der Quellen scheinen dieß zu bestätigen [72]). Der Kläger hatte davon den Vortheil, daß wenn der Beklagte die Erklärung verweigerte oder den Besitz ableugnete, durch ein Interdict und das darauf gegründete Judicium [73]), später auch durch prätorische Missio [74]), der Besitz auf ihn übertragen und der Beklagte nur noch zum Beweise seines Rechts zugelassen wurde.

Der confessio in iure des Beklagten correspondirt auf

71) S. oben § 90 Note 34 folg. § 101 Note 56.

72) *L. 20. § 1. D. h. t. Paul.* In iure interrogatus, AN FUNDUM POSSIDEAT: quaero, an respondere cogendus sit, et QUOTA EX PARTE POSSIDEAT? Respondi: Iavolenus scribit, possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte possideat: ut, si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittatur. Eine ausdrückliche Beziehung auf die Vindication enthält die Stelle nicht und *L. 80. D. de rei vind.* (6, 1) erwähnt die interrogatio nicht. Die Basiliken ziehen diesen § mit dem folgenden, der von cautio damni infecti redet, zusammen und der Scholiast Cyrillus bemerkt dazu, der Zwang zur Antwort finde überhaupt nur bei persönlichen Klagen statt, denn die in rem actio sei nach *L. 80. cit.* Niemand genöthigt zu übernehmen; offenbar schief, denn eben jene Stelle sagt, daß man nur durch Ableugnung des Besitzes die Einlassung ablehnen könne. Die Sache ist daher sehr bestritten. Hartmann, Contumacialverfahren S. 184 folg. und Rudorff cit. Note 12 leugnen die Beziehung auf die Vindication, ohne aber eine andre nachweisen zu können; Keller cit. Note 601 und Savigny cit. S. 22 behaupten sie, und auch ich glaube aus den im Text angedeuteten Gründen bei dieser meiner früheren Ansicht, s. Versuche S. 278. 282, stehen bleiben zu müssen.

73) Diesen Weg scheint *L. 80. cit.* zu enthalten: ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem (= *iudicis officium*), licet suam esse non adprobaverit. Vgl. Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. IV. S. 29.

74) *L. 20. § 1. cit.* Note 72. Ueber diese missio in possessionem rei petitae s. § 106.

Seite des Klägers die gerichtliche Erklärung, daß Jener ihm nicht schulde, durch welche nach einem Responsum des Papinian in einem einzelnen Fall der Anspruch selbst aufgehoben sein soll [75]); wobei offenbar die Absicht des Klägers auf diesen zu verzichten angenommen wird. Denn das bloße Fallenlassen der Klage vor der Litis Contestatio, weil er sie nicht für begründet hält, würde ihre Wiederaufnahme und die Zulassung durch den Prätor nicht ausschließen.

---

b) Nichtvertheidigung (indefensus) [1]).

§ 106. Die Vertheidigung (defensio) ist nicht bloß ein Recht des Beklagten, sondern, wenn er nicht geständig ist (confessus) und den Kläger befriedigt, seine Pflicht, die Verweigerung derselben ein Unrecht, weil sie dem Kläger die ordnungsmäßige Verfolgung seines Rechts unmöglich macht. Welcher außerordentliche Weg wird diesem als Ersatz dafür geboten?

Zur Vollziehung der Legis Actio, durch welche der Rechtsstreit instruirt wird, war die Gegenwart des Beklagten und regelmäßig auch seine Mitwirkung nothwendig. War er in iure gegenwärtig, versagte aber diese Mitwirkung, so wurde angenommen, er habe auf seine Vertheidigung verzichtet und es fand, als wäre er geständig (confessus) oder verurtheilt (iudicatus), ohne Weiteres die Execution gegen ihn statt, d. h.

75) *L. 29. § 1. D. de donat.* (39, 5). *Pap.* Quidam in iure interrogatus, nihil sibi debere tutoris heredes respondit: eum actionem iure amisisse respondi. licet enim non transactionem, sed donationis haec verba esse quis accipiat, attamen eum, qui in iure confessus est, suam confessionem infirmare non posse.

1) *Cicero pro Quintio. Lex Rubria c.* 21. 22. *Gai.* III. §§ 78. 79. *Paul.* V. 5b. de rebus auctoritate iudicis possidendis. *Dig.* 42, 4. quibus ex causis in possessionem eatur. 5. de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. 6—8. *Cod. Iust.* 7, 72. de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus. Vgl. mein Handbuch § 26. Keller, Civilpr. § 49. *Semestr.* I. p. 44. *sqq.* Rudorff, Rechtsg. II. §§ 94. 95. Hartmann, über das römische Contumacialverfahren. Gött. 1851.

dem Kläger wurde durch eine Addictio erlaubt, sich der streitigen Sache zu bemächtigen, und gegen den Schuldner fand nach Ablauf der gesetzlichen Zahlungsfrist die manus iniectio statt [2]). War die Gegenwart des Beklagten durch in ius vocatio nicht zu erzwingen, so bot das alte Civilrecht dem Kläger nur unsichere und unvollständige Hülfe gegen dessen Vermögen, womit man sich in der Zeit des noch kleinen Staats behalf [3]).

Mit Ausdehnung desselben zu einem Weltreich und dem erweiterten Verkehr wurde es eine der wichtigsten Aufgaben für den Prätor, das Executionsrecht überhaupt und insbesondere für den Fall mangelnder Vertheidigung (adversus indefensos) zu regeln [4]). Denn auch zu der Instruction per formulam, zur Anordnung des Judicium, war die Mitwirkung des Beklagten unentbehrlich [5]), diese also seine Verpflichtung [6]); und wenn sie fehlte, mit oder ohne Unrecht von seiner Seite (indefensus) [7]), mußte dem Kläger ein Ersatz für die ordnungs-

2) S. oben § 36.

3) S. oben § 34.

4) *L. 3. C. I. de procur.* (3, 3). *Sever. et Ant.* — Praetor — secuturus iurisdictionem quae adversus i n d e f e n s o s exerceri solet. Die Hauptstelle des Edicts für beides, die Execution sowohl nach dem Urtheil und der confessio *(cf. Paul.* V. 5ª. *de effectu sententiarum et finibus litium. Dig.* 42, 1. *de re iudicata.* 2. *de confessis*) als gegen den indefensus repräsentiren die angeführten Titel des Paulus, der Pandekten und des Codex. Doch war der Prätor auch an andern Stellen veranlaßt davon zu reden. S. Note 32. 51. 53.

5) Daß ohne die Einlassung auf den Rechtsstreit, im römischen Ordinarprozeß ohne Uebernahme des Judiciums oder Litis Contestatio, ein Urtheil nicht möglich ist, liegt so sehr in der Natur der Sache und wird so allgemein in den Quellen unsrer Lehre vorausgesetzt, daß die Berufung auf *Nov. 53. c. 4.* sehr überflüssig wäre. Anders H a r t m a n n cit. S. 112 folg.

6) Defendi oder iudicium suscipere debet. *L. 43. § 6. L. 44. L. 45. pr. D. de procur.* (3, 3). *L. 18. D. iud. solvi* (46, 7). u. s. w., außer wenn er gestehen und den Kläger befriedigen will. *L. 73. D. de procur.* (3, 3). *L. 71. § 2. D. de leg.* 1. (30). *L. 30. D. de solut.* (46, 3). *L. 16. D. iud. solvi* (46, 7).

7) *L. 3. cit.* Note 4. Ueber defendi s *L. 10. D. de adm. tut.* (26, 7). *Ulp.* Generaliter, quotiescunque non fit nomine pupilli, quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi: sive igitur solutionem, sive iudicium, sive stipulationem detrectat, defendi non videtur. Diesem Grundbegriff der ganzen Lehre giebt H a r t m a n n cit. nicht sein volles Recht, daher seine abweichenden Ansichten; z. B. daß die Fälle der Lex Rubria und des

mäßige Verfolgung seines Rechts geboten werden[8]). Im Princip schloß sich der Prätor dabei dem alten Recht an: der Indefensus, wie der Confessus, gilt pro damnato[9]), d. h. die Execution tritt gegen ihn ein. Auch die Executionsmittel sind den alten verwandt: 1) Personalexecution (duci iubere), wenn der Beklagte gegenwärtig ist; 2) an Stelle der eigenmächtigen Besitzergreifung der Güter des Judicatus oder Indefensus im alten Recht die geregelte Besitzeinweisung in sein Vermögen (missio in possessionem bonorum) und Feilbietung desselben zum Verkauf (bonorum proscriptio et venditio), ein Verfahren, dessen stufenweiser Fortschritt den Vortheil bot, im Fall entschuldbarer Nichtvertheidigung bei einer bloßen Sicherstellung des Klägers durch den Besitz der Güter stehen zu bleiben.

Die Fälle mangelnder Vertheidigung sind aber dreifacher Art:

I) Der Beklagte erscheint vor Gericht (in iure), sei es in Folge der in ius vocatio oder eines Vadimoniums, lehnt auch nicht die Jurisdiction des Magistrats im Allgemeinen ab, verweigert aber jede Erklärung auf die gegen ihn erhobene Klage (non respondere), oder doch seine Mitwirkung zur Instruction der Sache durch Bestellung eines Judex, Ertheilung einer Formula oder was sonst dazu gehört (se sponsione iudicioque uti oportet non defendere)[10]): so verfügt der Magistrat ohne

Edicts bei *Cic. pro Quintio* 19. ihm als verschiedene Dinge erscheinen.

8) Die Hereinziehung des Begriffs der Strafe (Hartmann cit. § 3) verrückt hierfür den richtigen Gesichtspunkt, wie für die alte Personalexecution per legis actionem. S. § 53 Note 5.

9) Ausdrücklich ausgesprochen in der Lex Rubria, s. Note 11, und in allen uns erhaltenen Vorschriften des Edicts vorausgesetzt.

10) Die hierauf bezügliche Stelle des Edicts ist uns weder in den Pandekten, noch bei *Cic. pro Quint.* 19., der sie im Interesse des von Rom abwesenden Quintius zu erwähnen keine Veranlassung hatte, erhalten, ihr wesentlicher Inhalt aber in der Lex Rubria, die sich ja überhaupt genau an dasselbe anschloß: *cap.* 21. A quoquomque pecunia certa credita — petetur, — sei is — apud eum, qui ibei iure deicundo praeerit, — confessus erit, seive is ibei de ea re in iure non responderit, neque de ea re sponsionem fa-

Urtheil gegen ihn, grade so als wäre er schon in einem gehörig angeordneten Judicium verurtheilt [11]), die Personal- und die allgemeine Vermögens-Execution (eum duci, bona eius possideri proscribi venireque iubet) [12]). Da hiermit die persönliche Freiheit des Beklagten, der Besitz seines Vermögens und seine bürgerliche Ehre in Frage gestellt wird, so ist es das stärkste indirecte Zwangsmittel, ihn zur Einlassung auf die Klage zu bewegen, welche direct nicht befohlen und erzwungen werden kann [13]), und die selbst nach eingeleitetem Verkauf der Güter,

ciet neque iudicio utei oportebit se defendet. *cap.* 22. A quo quid praeter pecuniam certam creditam — petetur, quodve cum eo agetur, — sei is — confessus erit, aut sei de ea re in iure nihil responderit neque de ea re se iudicio utei oportebit defendet *rel. L.* 52. *D. de reg. iur.* (50, 17). *Ulp.* Non defendere videtur non solum qui fraudationis causa latitat, sed et is qui praesens (*sc. in iure*) negat se defendere aut non vult suscipere actionem. *L* 21. *§ 3. D. ex quib. caus. mai.* (4, 8). *L.* 5. *§ 3. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4).

11) *Lex Rubr. c.* 21. *vers.* 9. *sqq. cit.* § 105 Note 26.

12) Die Personalexecution gegen den indefensus, wie gegen den confessus, kann der Municipalmagistrat verfügen; zur Missio in bona ist er nicht befugt. *Lex Rubr. c.* 21. *vers.* 14. *sqq. cit.* § 105 Note 28. In andern Sachen soll in Folge der verweigerten Vertheidigung wie des Geständnisses vor dem Municipalmagistrat der Prätor in Rom beide, die Personal- und Vermögensexecution verfügen. *cap.* 22. *vers.* 45. *sqq.* Praetorque isve, quei de eis rebus Romae iure deicundo praerit, in eum et in heredem eius de eis rebus omnibus ita ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri proscreibeive veneireque iubeto, ac sei is heresve eius de ea re in iure apud eum Praetorem eumve, quei Romae iure deicundo praesset, — de ea re nihil respondisset neque se iudicio utei oportuisset defendisset. Das ius dicere decernere ist nur der allgemeine Ausdruck für das Folgende und nicht mit Hartmann cit. S. 121 folg. auf eine Verhandlung, Untersuchung und Entscheidung der Sache selbst zu beziehen, was allen übrigen Zeugnissen widersprechen würde.

13) Denn bis zum letzten Augenblick steht es in seiner Willkühr, ob er gestehen und den Kläger befriedigen oder sich auf den Rechtsstreit einlassen will. Daher Lex Rubria cit. jenes als nicht geschehen voraussetzt: *c.* 21. *vers.* 6. neque id quod confessus erit solvet satisve faciet. *cap.* 22. *vers.* 34. neque de ea re satis utei oportebit faciet — aut non restituet. Der Beklagte ist daher nicht eigentlich contumax, wie allerdings bei den auf Antrag des Klägers vom Prätor an ihn gerichteten interrogationes. S. oben § 105 Note 58. Anders Hartmann cit. § 15. — So wurde im alten englischen Criminalprozeß, der die Tortur nicht kannte, der

wenngleich unter erschwerenden Umständen (cum satisdatione), noch möglich ist [14]). Wenn er es aber zur Durchführung derselben durch wirklichen Verkauf seines Vermögens (bonorum venditio) kommen läßt, so erlangt der Kläger vom Käufer desselben, der als Universalsuccessor an die Stelle des Beklagten tritt (bonorum emptor), seine Befriedigung, soweit er sie von jenem erhalten haben würde, d. h. soweit seine Forderung begründet ist und das Vermögen dazu hinreicht [15]).

II) Der Beklagte erscheint nicht in dem Gericht, vor dem er seinen allgemeinen persönlichen oder in dieser Sache den speciellen Gerichtsstand hat, wo er also sich zu vertheidigen verpflichtet ist [16]), kann auch durch in ius vocatio nicht dazu genöthigt werden, weil er entweder

1) zwar am Gerichtsort gegenwärtig ist, aber, um der Klage zu entgehen, sich verborgen hält (fraudationis causa latitat) [17]), oder

Angeklagte doch durch die härteste Marter zu der Erklärung, ob er guilty or not guilty plädiren wolle, genöthigt, weil ohne diese die Untersuchung durch ein Schwurgericht nicht möglich war. *Blackstone, Comm.* IV. 26.

14) S. § 104 Note 29. Um so mehr durch Zahlung, welche aber, wie das Judicat, als Indebitum nicht condicirt werden kann. *L. 35. D. de cond. ind.* (12, 6).

15) S. unten § 114.

16) Ubi defendi, iudicium suscipere debet. S. oben § 73 Note 5. 6. Auch *L. 2. §§ 3. 4. 5. L. 3. L. 8. D. de iud.* (5, 1). *L. 13. D. quibus ex caus. in poss.* (42, 4).

17) *Edictum Praetoris. Cic. pro Quint.* 19. Recita edictum: QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITARIT. *in Verr.* II. 24. *Ulp. L. 7. § 1. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). Ait Praetor: QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITAVIT, SI BONI VIRI ARBITRATU NON DEFENDETUR, EIUS BONA POSSIDERI VENDIQUE IUBEBO. *Gai.* III. § 78. Bona autem veneunt, — velut eorum, qui fraudationis causa latitant *rel.* Für die ursprünglich vorausgesetzte Gegenwart am Gerichtsort und die erweiterte Auslegung des Edicts s. *L. 7. § 13. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). *L. 36. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *L. 199. pr. D. de verb. sign.* (50, 16). Für das beharrliche Verborgensein (latitare) *L. 7. § 8. eod.* und die Unmöglichkeit der in ius vocatio *L. 18. D. de in ius voc.* (2, 4). *Gai.* Plerique putaverunt, nullum de domo sua in ius vocari licere *rel. L. 19. eod. Paul.* Satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est: quod mittitur adversarius eius in possessionem bonorum eius. Für die böse Absicht, sich der Klage zu entziehen *L. 7. §§ 2—9. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4), die hier zu übernehmen er verpflichtet war *L. 3. D. de iud.* (5, 1). *L. 50. pr. D. de peculio* (15, 1) Note 31. Die Defensio durch einen andern gehö-

2) weil er von dem Gerichtsort abwesend (absens) ist, ohne für seine Vertretung durch einen Procurator gesorgt zu haben oder durch einen freiwilligen Defensor vertreten zu werden (iudicio non defensus)[18].

In beiden Fällen ist dem Kläger die Verfolgung seines Rechts, welche einen persönlich gegenwärtigen Widersacher voraussetzt, unmöglich gemacht[19]. Daher der Prätor als nothwendigen Ersatz dafür ihm gleichfalls, als wäre der Beklagte verurtheilt, die Execution, zwar nicht Personalexecution, die in diesem Fall nicht denkbar ist, wohl aber die gewöhnliche allgemeine Vermögensexecution, d. i. die Einweisung in den Besitz

rigen Vertreter wendet natürlich die Execution auch gegen den Latitirenden ab; daher SI BONI VIRI u. s. w.

18) *Edictum Praetoris Cic. pro Quint.* 19. Recita edictum. — QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT; nach der Lesart des Hotomaenus und Lambinus vgl. *Keller, Sem.* I. *p.* 61. *sqq.*, eine Stelle des Edicts, die um so weniger unerwähnt bleiben konnte, als in dem Fall des Quintius es sich darum handelte, ob er absens iudicio defensus fuerit, was Cicero *pro Quintio c.* 19—22. zu beweisen sucht. In den Pandekten ist sie uns nicht erhalten. Die Sache aber bezeugen *L. 2. §§ 1. 2. L. 7. § 17. L. 10. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4) u. A., vorzüglich aber *Gai. cit.* Note 17. nec absentes defenduntur = *et eorum, qui absentes sunt neque defenduntur.* Auf qui fraudationis causa latitant im Vorhergehenden bezogen, wäre absentes entweder überflüssig, oder falsch. Anders Hartmann cit. § 8. *cf. L. 199. D. de verb. sign.* (50, 16). *Ulp.* Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loci, ubi petitur: non enim trans mare absentem desideramus. Vgl. auch den procurator absentis und praesentis § 100 Note 60. 75, und für die Verpflichtung jedes guten Hausvaters bei seiner Entfernung von Hause einen Procurator zu bestellen, Note 66; für dessen Verpflichtung zur Defensio, Note 68; für den Defensor, dessen Zulassung eben auf der Gefahr der bonorum venditio beruhte, Note 65. Dasselbe gilt aber auch vom Forum contractus. S. § 74 Note 35. Hartmann cit. §§ 3—12 leugnet die Missio in Bona wegen einfacher Abwesenheit und muß dann freilich andre Mittel, richterliche Ladung, das Contumacialverfahren mit drei Edicten u. s. w. annehmen, um den Beklagten zur Anerkennung seines Gerichtsstandes zu nöthigen, die aber dem alten ordo iudiciorum privatorum fremd sind.

19) *L. 2. § 1. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). *Ulp.* — qui id agit, ne adversarius copiam sui habeat: ergo latitantis bona iubet possideri. § 2. Quid si non latitet, sed absens non defendatur? nonne videtur potestatem sui non facere? *cf. L. 1. § 1. L. 23. § 4. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6).

des unter seiner Jurisdiction belegenen Vermögens des Beklagten (missio in possessionem bonorum)[20]) und das Recht zum öffentlichen Verkauf desselben (bonorum venditio) ertheilt[21]).

Gegen dieses Verfahren entstehen jedoch zwei Bedenken, die in dem Fall unter I) nicht stattfinden und die Annahme desselben in diesen Fällen, insbesondere in dem zweiten, trotz aller Quellenzeugnisse, zweifelhaft zu machen geeignet sind. Einmal: konnte nicht hiernach jeder Bube, der keinerlei Anspruch an mich hat, meine Abwesenheit mißbrauchen und mich als Bankerottirer behandeln? und sodann: durfte selbst dem wirklichen Creditor gegenüber der unschuldig oder nothwendig Abwesende dieser Gefahr ausgesetzt werden? Es sind dieselben Punkte, um die sich Cicero's Plaidoyer für den Quintius dreht; dieses muß uns daher über die entscheidenden Rechtsfragen vollen Aufschluß geben, und unsere übrigen Quellen lassen uns darüber auch nicht im Dunklen[22]).

Ein Anspruch dessen, der die Missio in Bona vom Prätor postulirte, war allerdings die Voraussetzung ihrer Ertheilung ebensowohl, als daß der Beklagte latitire oder abwesend und unvertreten sei. Allein eine Untersuchung und ein Urtheil darüber, sei es in einem Judicium oder durch Cognitio des Prätors, war, ohne daß der Beklagte gehört wurde, also in diesem Fall überhaupt nicht möglich. Eben deshalb mußte der Prätor im Edict die Missio in Bona als einen Act seines Imperiums auch ohne causae cognitio, sei es über die Forderung des Imploranten oder über die sonstigen Bedingungen derselben, verheißen, auf die Gefahr hin, daß auch ein factisch Nichtberechtigter sie erlangte; und da er überhaupt nicht durch sein Decret geurtheilt,

20) Vgl. § 58 Note 26, § 72 Note 11. 12. 24, § 74 Note 35.

21) *L. 1. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *Gai.* Venire bona ibi oportet ubi quisque defendi debet, id est [*L. 2. Paul.*] ubi domicilium habet [*L. 3. Gai.*] aut ubi quisque contraxerit. *Gai.* III. § 79. Si quidem vivi bona veneunt, iubet ea Praetor per dies XXX possideri et proscribi.

22) Vgl. hierüber die vortreffliche Ausführung in *Keller Semestr.* I. § 4. *p.* 79. *sqq.*

sondern die Immission auf simple Postulatio verfügt hatte[23]), so konnte ihr Rechtsbestand noch jeder Zeit und in jeder Beziehung angefochten werden: ergab sich ihre Ungültigkeit, so wurde der Missus selbst in seinem Besitzrecht nicht geschützt[24]); andern Creditoren war durch die Missio kein Mitbesitzrecht erworben[25]); der Beklagte konnte den Missus deshalb iniuriarum belangen[26]) und die Folge der bonorum proscriptio für seine bürgerliche Ehre und die damit verknüpften Nachtheile[27]), ja die Wirkungen der vollzogenen bonorum venditio in einem Präjudicium rückgängig machen[28]). Ein behutsamer und rechtlich denkender Kläger hatte also alle Ursache, nur dann darauf anzutragen, wenn er seiner Sache gewiß war und kein anderer Weg ihm offen stand[29]), und der Prätor schritt mit Vorsicht zu dieser äußersten, die Existenz eines Bürgers bedrohenden Maaßregel. So weit es ohne förmliche Untersuchung möglich war, vergewisserte er sich darüber, daß nicht nur die Bedingungen der Missio in der Person des Beklagten, sein Latitiren, der Mangel der Defensio, sondern auch in der des Klägers vorhanden waren[30]); in letzterer Beziehung also, daß dieser zwar nicht eine ihrem Grund und Gegenstand nach liquide Forderung habe, aber irgend einen plausiblen Anspruch, eine Klage gegen den

23) In der Sache des Quintius hatte der Prätor Burrienus dem Nävius ohne Weiteres die Missio ertheilt, und nicht darüber, sondern daß Nävius sie verlangte, erhebt Cicero Beschwerde, erklärt auch (*c.* 19.) den, überdieß unmöglichen Widerspruch des Procurator Alfenus gegen die Postulatio für rechtlich unerheblich, da durch die Missio der Frage nach ihrem Rechtsbestand nicht vorgegriffen werde. Nur ausnahmsweise fand eine causae cognitio statt. *L. 7. § 11. L. 8. D. quib. ex caus.* (42, 4). *L. 18. D. si serv.* (8, 5).

24) *L. 1. § 5. D. ne vis fiat ei qui in poss.* (43, 4).

25) *L. 12. pr. D. de reb. auct. iud.* (42, 5).

26) *Gai.* IV. § 220.

27) *Cic. pro Quint. per tot.*

28) *L. 30. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *L. 7. § 3. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4).

29) Daher Cicero's Vorwürfe gegen den Nävius, daß er rücksichtslos gegen den abwesenden Quintius, seinen Socius und Verwandten, mit dieser Maaßregel vorgegangen, statt seine Rückkunft abzuwarten. *pro Quint.* 6. 15—17. 29.

30) *Cic. pro Quint.* 16. Itaque maiores nostri raro id accidere voluerunt: Praetores, ut considerate fieret, comparaverunt.

Beklagten formiren könne, oder daß ein Rechtshandel bereits unter ihnen schwebe [31]). Ueber diesen Umstand erhielt er volle Gewißheit durch den Nachweis eines unter den Partheien geschlossenen freiwilligen Vadimoniums, das der Beklagte nicht eingehalten: wurde dieser ihm geliefert, so konnte er ohne Weiteres die Missio ertheilen und es darauf ankommen lassen, ob der Beklagte selbst oder sein Vertreter, durch die Proscriptio aufmerksam gemacht, sie anfechten werde. Und da dieß die regelmäßige Einleitungsform des Prozesses in dieser Periode war, so kündigte er in seinem Edict über die Vadimonien [32]) an, daß er in das Vermögen dessen, der ein Vadimonium bestellt habe und weder selbst vor Gericht erscheine, noch durch einen andern vertreten werde, die Missio ertheilen wolle [33]), ohne

31) Sonst versagt der Prätor die Missio. *L. 50. pr. D. de peculio* (15, 1). *Pap.* Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat: in bonorum possessionem eius rei servandae causa mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum: quia non fraudationis causa latitat, qui, si iudicium acciperet, absolvi deberet. Nec ad rem pertinet, quod fieri potest, ut damnatio sequatur: nam et si in diem vel sub condicione debeatur, fraudationis causa non videtur latitare, tametsi potest iudicis iniuria condemnari. Doch gewährt der Prätor die Missio als Sicherungsmaßregel unter Umständen selbst wegen einer bedingten Forderung. *L. 6. pr. L. 11. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4).

32) Die Stelle des Edicts giebt Ulpian im fünften Buch ad edictum Note 33, in welchem er überhaupt das Edict über in ius vocatio und vadimonium commentirt; *cf. Inscr. L. 2. D. de in ius voc.* (2, 4). *L. 2. D. qui satisdare* (2, 8); das Edict, welches von der missio rei servandae causa und ihren Gründen in der Person des Beklagten ex professo handelt, im 58ten und den folgenden Büchern. *cf. Inscr. L. 5. D. de re iud.* (42, 1). *L. 4. D. de cess. bon.* (42, 3). *L. 3. L. 5. L. 7. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). *L. 5. L. 8. D. de reb. auct. iud.* (42, 5) u. s. w. Paulus im 57. und 58ten Buche. *Inscr. L. 6. L. 9. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). *L. 77. D. de procur.* (3, 3). *L. 6. L. 10. L. 12. L. 14. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *L. 2. D. ne vis fiat ei qui in poss.* (43, 4).

33) *L. 2. pr. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). *Ulp. lib. 5. ad edictum.* Praetor ait: IN BONA EIUS, QUI IUDICIO SISTENDI CAUSA FIDEIUSSOREM DEDIT, SI NEQUE POTESTATEM SUI FACIET, NEQUE DEFENDERETUR, IRI IUBEBO. Vgl. Rudorff, Zeitschr. für Rechtsg. IV. S. 43, der dieß Edict auf den Vindex bezieht (?). Dieß war der Fall des Quintius *Cic. pro Quint. c.* 5. Itaque ex eo tempore res esse in vadimonium coepit. cum vadimonia saepe dilata essent, et cum aliquantum temporis in ea re es-

damit den genannten Fällen einen neuen hinzuzufügen [34]) oder den Rechtsbestand der Missio von der Existenz einer Forderung unabhängig machen zu wollen. Denn wenn der Beklagte später nachweisen konnte, daß er nichts schuldig gewesen, so mußten doch alle nachtheiligen Folgen derselben für ihn wegfallen [35]).

Andrerseits war der Prätor auch darauf bedacht, den unschuldig Abwesenden gegen die Nachtheile der Missio in Bona zu schützen. Gegen den bona fide in öffentlichen Geschäften von Hause Abwesenden (rei publicae causa sine dolo malo

set consumptum, neque quidquam perfectum esset, venit ad vadimonium Naevius *rel.*

34) Ulpian in seinem Commentar zu dieser Edictsstelle *L. 1. §§ 1—4. eod.*, s. Note 19, führt sie auf die anderwärts im Edict verzeichneten Fälle des Latitirens und der Absentia ohne Defensio zurück. Desgleichen geht Cicero, nachdem er im ersten Theil seiner Rede (Note 35) diese Bedingung der Postulatio bestritten, im zweiten *c.* 19—23. noch auf die Frage ein, ob eine der Bedingungen der Missio, unter denen er jene nicht aufführt, begründet gewesen. Es ist Keller's Verdienst, diesen sachlichen Unterschied und darauf, daß das Edict an einem andern Ort davon gehandelt haben müsse, zuerst bemerkt zu haben. *Semestr.* I. § 2. *p.* 53. *sqq.* Vgl. Civilpr. cit. S. 358 c).

35) Deshalb, nehmlich um Quintius von den Folgen einer rechtsgültigen Missio, insbesondre der Infamia und Verpflichtung der satisdatio iudicatum solvi zu befreien, sucht Cicero im ersten Theil seiner Rede beides nachzuweisen, 1) daß Quintius dem Nävius nichts schuldig gewesen, *c.* 11—14., 2) daß nicht nur Nävius schändlich gegen seinen Socius und Verwandten gehandelt habe, indem er während dessen Anwesenheit in Rom seine Forderung nicht geltend gemacht und nachdem dieser abgereist und fern genug war, sofort die Nichteinhaltung des Vadimoniums constatirt und die Missio beantragt habe *c.* 6. testificatur iste, Quintium non stitisse et se stitisse. tabulae maximae signis hominum nobilium consignantur: disceditur. postulat a Burrieno Praetore Naevius, ut ex edicto bona possidere liceat, sondern auch, daß das Vadimonium vor der Abreise des Quintius nicht erneuert worden sei. *ibid.* Ait (*sc. Naevius*) — se iam neque vadari amplius, neque vadimonium promittere: si quid agere secum velit Quintius, non recusare. Hic cum rem Gallicanam revisere cuperet, hominem in praesentia non vadatur. ita sine vadimonio disceditur. — cum ceteris, quae habebat, vadimonia differt, ut expeditus in Galliam proficisci possit. proficiscitur. So löst sich der von Hartmann cit. S. 18 folg. Keller Schuld gegebene Widerspruch: die Postulatio war davon abhängig, daß der Postulirende ein Vadimonium desertum oder sonst einen Anspruch nachwies; die Missio in Bona wegen Vadimonium desertum aber nur dann gültig, wenn beides begründet war.

absens) versprach er in einer eigenen Clausel seines Edicts zwar zur Sicherung des Klägers diesem die possessio bonorum und bonorum proscriptio, nicht aber die bonorum venditio zu gestatten[36]). Auch die Infamia traf ihn nicht[37]). Ebenso im Fall feindlicher Gefangenschaft (ab hostibus captus)[38]). Auch in andern Fällen, wo der Beklagte nicht die Absicht zeigte, seinen Creditoren die Verfolgung ihrer Ansprüche unmöglich zu machen, ließ es der Prätor nach freiem Ermessen entweder bei der Besitzeinweisung zur Sicherung der Gläubiger bewenden[39]) oder gestattete die Bonorum Venditio[40]).

III) Auch wenn wegen Handlungs- oder Rechtsunfähigkeit des Beklagten die Klage gegen ihn nicht möglich ist und er durch einen andern nicht vertreten wird, tritt gegen ihn als Indefensus die Missio in Bona ein. Die Fälle sind folgende:

1) Gegen Pflegebefohlene, die von ihrem Vormund, Tutor oder Curator, gerichtlich nicht vertreten werden, wird Missio in Bona ertheilt, und zwar gegen den Pupillen ohne Bonorum Venditio und Infamia[41]) und mit der Verpflichtung der Cre-

36) *L. 6. § 1. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). *Paul.* Cum dicitur: ET EIUS, CUIUS BONA POSSESSA SUNT A CREDITORIBUS, VENEANT, PRAETERQUAM PUPILLI ET EIUS, QUI REI PUBLICAE CAUSA SINE DOLO MALO ABFUIT; intellegimus, eius qui dolo malo abfuerit, posse venire, nehmlich der sich einen öffentlichen Auftrag, z. B. eine Gesandtschaft hat geben lassen, um den Ansprüchen seiner Creditoren zu entgehen. Nach seiner Rückkehr kann er den Besitz seines Vermögens gegen iusta defensio wiedererlangen. *L. 35. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *L. 2. D. eum qui appellaverit* (49, 11). *L. 4. C. I. de rest. mil.* (2, 51).

37) *Lex Iul. mun. vers.* 116. *sqq.* praeterquam sei quoius, quom pupillus esset reive publicae caussa absset, neque dolo malo fecit fecerit, quo magis rei publicae caussa abesset, bona possessa proscriptave sunt erunt.

38) *L. 6. § 2. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). *L. 39. § 1. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *L. 199. § 1. D. de verb. sign.* (50, 16). *Paul.* V. 5[b]. § 2. *cf. L. 3. C. I. de postlim.* (8, 5).

39) *L. 21. § 2. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *Ulp.* — eorum qui non defenduntur, si quidem latitent, Praetor ex edicto pollicetur in bona eorum mittere, ut, si res exegerit, etiam distrahantur: si vero non latitent, licet non defendantur, in bona tantum mitti.

40) *L. 13. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). *L. 1. D. eum qui appell.* (49, 11).

41) *L. 6. § 1. cit.* Note 36. *Lex Iulia mun.* Note 37. *LL. 3—5. L. 10. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). *L. 5. § 1. D. de Carb.*

ditoren, aus der Masse ihm Alimente zu geben [42]); gegen den Minderjährigen [43]), den Furiosus [44]) und Prodigus [45]), unter Umständen mit Verkaufsrecht.

2) Gegen Stadtgemeinden und andere juristische Personen, deren Vorstände nicht für Vertheidigung sorgen, und zwar nach geschehener Aufforderung selbst mit Bonorum Venditio [46]).

3) Gegen einen Verstorbenen, dessen Vertretung Niemand durch Antritt der Erbschaft übernehmen will [47]). Auf Antrag der Gläubiger oder des berufenen Erben wird diesem ein tempus deliberandi gesetzt, und wenn es unbenutzt verstrichen ist, Jenem die Missio in Bona und Bonorum Venditio ertheilt [48]).

4) Im Fall der capitis deminutio maxima, z. B. wenn ein Weib ex SC Claudiano Sclavin dessen wird, mit dessen Sclaven sie im Contubernium lebt, fiel deren Vermögen dem Herrn zu [49]), der ohne Zweifel gleich dem Erben entweder die Vertretung derselben gegen die Gläubiger übernehmen oder es zur Missio in Bona und Bonorum Venditio kommen lassen konnte. Diese trat unbedingt ein bei der capitis deminutio media desjenigen, der exsilii causa Bürger einer fremden Stadt geworden [50]). Bei der capitis deminutio minima, durch

edicto (37, 10). *L. 2. § 45. D. ad SC. Tertull.* (38, 17). Daß der Prätor hier mit besonderer Vorsicht verfuhr, lag in seiner obervormundschaftlichen Amtspflicht.

42) *Paul.* V. 5b. § 3. *L. 33. pr. L. 39. pr. D. de reb. auct. iud.* (42, 5).

43) *L. 5. D. de reb. auct. iud.* (42, 5).

44) *L. 7. §§ 9—11. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4).

45) *L. 7. § 12. eod.*

46) *L. 1. § 2. L. 8. D. quod cuiusque un. nom.* (3, 4).

47) *Cic. pro Quintio* 19. (*Editum Praetoris*): CUI HERES NON EXTABIT, im Zusammenhang der iurisdictio adversus indefensos überhaupt. *Gai.* III. § 78. mortuorum bona veneunt, velut eorum, quibus certum est, neque heredes, neque bonorum possessorem, neque ullum alium iustum successorem existere. II. §§ 154. 158. *§§ 1. 2. I. de eo cui libertatis causa* (3, 11). *L. 28. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *L. 1. § 1. D. de iure fisci* (49, 14).

48) *Gai.* II. § 167. *L. 1. § 1. D. de iure delib.* (28, 8). *L. 8. L. 9. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). *L. 4. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). *L. 23. §§ 1—4. D. de her. inst.* (28, 5).

49) *§ 1. I. de succ. subl.* (3, 12).

50) *Cic. pro Quint.* 19. (*Edict. Praet.*) QUI EXSILII CAUSA SO-

welche eine freie Person sich der Familiengewalt eines Andern unterwirft, also Abrogation oder in manum conventio, gehen ihre Contractsschulden unter; der Prätor aber giebt den Creditoren eine in integrum restitutio, und wenn der Adoptivvater oder Ehemann in Bezug auf ihre Klagen die Defensio nicht übernimmt, so erhalten sie Besitz und Verkaufsrecht an dem Vermögen, welches ohne die capitis deminutio Eigenthum der unterworfenen Person sein würde [51]). Ebenso wenn sonst gegen eine Person in manu oder in mancipio aus Contract oder Delict geklagt wird [52]).

Alles dieß gilt sowohl von dinglichen als von persönlichen Klagen, insofern auch jene auf ein Judicium und eine Geldcondemnation hinauslaufen, deren Surrogat eben im Fall mangelnder Defensio die Missio in Bona und Bonorum Venditio und die Klage gegen den Bonorum Emptor ist [53]). Es findet aber bei ihnen in gewissen Fällen mangelnder Defensio auch ein anderes Verfahren statt, welches geschichtlich aus den Vindicien der legis actio in rem hervorgegangen ist [54]).

Bei dieser wurde nach vollzogener Vindicatio und Contravindicatio, wo also kein Theil indefensus war, dem gegenwärtigen Besitzer für die Dauer des Prozesses der Besitz nur dann zugesprochen, wenn er für den Unterliegungsfall dessen

LUM VERTERIT. Auch diese Stelle betrifft die iurisdictio adversus indefensos. *cf. ibid. c.* 28. *Ascon. in Milon. p.* 54. *ed. Orelli. Quintil.* VII. 1, 57.

51) *Gai.* III. § 84. Diese Bestimmung des Edicts schloß sich an die Stelle desselben *L. 2. § 1. D. de capite min.* (4, 5) an.

52) *Gai.* IV. § 80. Nach dem Context dieser Stelle handelte das Edict hiervon bei den Klagen aus Contracten und Delicten der Personen in potestate.

53) *Lex Rubr. c.* 22. *v.* 32. *sq.* eiusve eam rem esse aut se eam habere. *L. 7. § 16. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). *L. 18. D. si serv. vind.* (8, 5). *L. 23. § 4. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). — Wie wurde es bei Präjudicialklagen gehalten? Bei dem interdictum de libero homine exhibendo fand Missio in Bona statt. *L. 3. § 14. cf. § 13. D. de lib. hom. exhib.* (43, 29). Bei der extraordinaria cognitio wurde nach deren Grundsätzen verfahren. *L. 27. §§ 1. 2. D. de lib. causa* (40, 12).

54) Vgl. Rudorff in Zeitschr. für gesch. RW. IX. Nr. 1. Rechtsg. II. § 95 und Hartmann, Contumacialverfahren S. 178 folg.

Herausgabe mit Früchten durch Bürgschaft (praedes litis et vindiciarum) dem Gegner sicherte. Verweigerte er diese, so erhielt der Gegner, der dazu bereit war, den Vorzug in Bezug auf den Besitz während des Prozesses, und die Beklagtenrolle[55]). Die gegenwärtige bewegliche Sache konnte ihm sofort übergeben werden; für ein streitiges Grundstück (fundus), insofern dieß nur durch eine Scholle oder Ziegel vertreten war, für eine Erbschaft (hereditas) oder eine Servitut (ususfructus), mußte durch ein prätorisches Gewaltverbot (interdictum) dem Kläger die Besitzergreifung resp. Ausübung der Servitut gesichert werden.

Auf den Formularprozeß übernahm der Prätor diese Grundsätze, so jedoch daß an die Stelle der Prädes eine Stipulation mit Bürgen (stipulatio pro praede litis et vindiciarum, satisdatio iudicatum solvi) trat[56]), und, falls der Beklagte sie verweigerte, also in dieser Beziehung indefensus war, auch die Uebertragung des Besitzes (translatio possessionis) in etwas veränderter, durch das Edict bestimmter Form erfolgte[57]). Wie der prätorische Befehl, der die Besitzfrage regulirte (interdictum Uti possidetis), so konnte auch der andere, der die Uebertragung des Besitzes betraf (interdictum Quem fundum, Quam hereditatem[58]), Quem usum-

55) S. oben § 42. Rudorff cit. Zeitschr. S. 38 folg. nimmt die Cautionspflicht des Klägers nur für die hereditatis petitio an, für welche dieß freilich allein bezeugt ist durch *Paul.* I. 11. § 1. Allein die „größere Wichtigkeit der Erbschaft“ scheint mir dafür kein hinreichendes sachliches Motiv, auch die *L. 5. pr. D. de her. pet.* (5, 3), die jedenfalls interpolirt ist, kein Beweis, daß es bei andern in rem actiones anders gehalten wurde. Vgl. oben § 91 Note 44.

56) S. oben § 89 Note 5, § 80 Note 27, § 91 Note 19, § 92 Note 30.

57) *L. un. C. I. uti possidetis* (8, 6). *Diocl. et Max.* Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum [*alter*] ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, Rector provinciae vim fieri prohibebit: ac satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet. Beiläufig bemerkt, ist dieses eins der zahlreichen Rescripte, die in ihrem classischen Ausdruck den guten alten Canzleistyl noch unter Diocletian aufweisen.

58) *Ulp. Inst. Fr. Vindob.* 6. *tam* adipiscendae quam reciperandae possessionis, qualia sunt interdicta QUEM FUNDNM et QUAM HEREDITATEM. nam si

fructum) [59]), seinem thatsächlichen Grunde nach vom Beklagten angefochten und dadurch zum Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung nach der interdicti formula in einem Judicium gemacht werden; ursprünglich allemal mit einer sponsio poenalis, durch welche der Beklagte zur freiwilligen Restitution des Besitzes bewogen werden sollte; später, wenn er rechtzeitig um einen Arbiter bat, auch ohne diese [60]), so jedoch daß der Geschworne nach Anweisung der Formula arbitraria auf Restitution arbitrirte und, wenn sie nicht erfolgte, die Condemnation zu dem eidlich bestimmten, also erhöhten Interesse eintreten ließ [61]). Da also jetzt nach dem prätorischen Restitutionsbefehl noch eine Untersuchung seiner thatsächlichen Voraussetzungen möglich war, so konnte dieselbe Form auch in dem Fall gebraucht werden, wenn der Beklagte durch Ableugnung des Besitzes, in Folge einer förmlichen Interrogatio in iure oder ohne diese, zur Vertretung der Sache (defensio rei) nicht verpflichtet zu sein behauptete [62]). Zwar konnte der Kläger

fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendat*ur*, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem. Das alterthümliche Wort lis für res (*cf. L. 78. pr. § 1. D. de procur.* 3, 3 und oben § 31 Note 5) ist ohne Zweifel dem Edict selbst entlehnt und eins von beiden unentbehrlich. Huschke's Emendation is defendat halte ich für entschieden unrichtig. *L. 45. D. de damno infecto* (39, 2). *Scaev.* [*tit. edicti*] A QUO FUNDUS PETETUR, SI REM NOLIT [DEFENDERE]. *cf. Fr. Vat.* § 92. Note 59. Einen Restitutionsversuch des Interdicts s. bei Rudorff cit. S. 19.

59) *Fr. Vat.* § 92. (*ICtus incertus*) libro IIII. de interdictis sub titulo A QUO USUSFRUCTUS PETETUR, SI REM NOLIT DEFENDERE. Sicut corpora vindicanti, ita et ius, satisdari oportet; et ideo necessario ad exemplum interdicti QUEM FUNDUM proponi etiam ei interdictum QUEM USUMFRUCTUM VINDICARE VELIT de restituendo usufructu. Ueber den muthmaßlichen Verfasser s. *Mommsen* in der größeren Ausgabe *Acta Academ. Berol.* 1860. *p.* 396. *L. 60. § 1. D. de usufr.* (7, 1). *Paulus lib.* V. *sententiarum* [*tit.* VI. *de interdictis*] vel si satis non datur, ipse (*sc. dominus usumfructum negans*) frui permittitur.

60) *Gai.* IV. §§ 141. 162. *sqq.*

61) *L. 80. D. de rei vind.* (6, 1). *Fur. Anth.* transferat ad se possessionem per iudicem. *L. 15. D. de op. novi nunt.* (39, 1). *African.* — partes iudicis — officio iudicis. S. Note 66. Vgl. Rudorff cit. S. 31 und Note 62.

62) *L. 80. cit.* In rem actio-

den Beweis, daß der Beklagte Besitzer sei, auch noch in dem Judicium nach Maaßgabe der Formula petitoria zugleich mit dem Beweis seines Rechts antreten [63]). Aber jener Weg war für ihn deshalb der vortheilhaftere, weil er den Besitz auch ohne den Beweis des Eigenthums erhielt, und dem Beklagten nur überlassen blieb, dieses als sein Recht klagend gegen ihn zu erweisen. Bei beweglichen Sachen leistete denselben Dienst die actio ad exhibendum [64]), daher für diese kein Interdict erwähnt wird; und Prädialservituten waren als Qualitäten des herrschenden und dienenden Grundstücks ohne Zweifel in dem die Grundstücke betreffenden Interdict (interdictum Quem fundum) begriffen [65]). Die Besitzübertragung wurde hier durch Cautionen vermittelt [66]). Ueberall ist der übertragene Besitz juristischer, weil der Kläger sich das Recht an der Sache zuschreibt [67]).

nem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere: ita ut si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit. Der Jurist bezeugt also nicht einen Rechtsgrundsatz, daß der Besitzer zur defensio rei nicht verpflichtet sei; dann wäre die missio in bona gegen ihn nicht möglich, sondern zeigt ihm nur einen Weg, wie er factisch sich derselben entziehen könne. Anders Keller cit. S. 265 und Rudorff cit. Die Beziehung auf das Interdict haben die Compilatoren gestrichen.

63) *L. 9. D. de rei vind.* (6, 1). *cit.* oben § 91 Note 39.

64) *L. 3. § 15. L. 4. L. 5. D. ad exhib.* (10, 4). Es steht dahin, ob die häufig erwähnte Restitution, z. B. in *L. 5. §§ 1. 2. cit.*, nicht eben auf diesen Fall des abgeleugneten Besitzes, also der verweigerten defensio rei geht. Vgl. oben § 90 Note 2.

65) *L. 45. D. de damno inf.* (39, 2). *Scaev.* [*tit. edict.*] A QUO FUNDUS PETETUR, SI REM NOLIT [DEFENDERE]. Aedificatum habet: ago TIBI IUS NON ESSE HABERE: ad me possessio transferenda est *rel.* So auch Rudorff cit. Zeitschr. S. 20.

66) *L. 15. D. de op. novi nunt.* (39, 1). *L. 45. D. de damno inf.* (39, 2).

67) *Fr. Vat.* § 93. Post pauca sub titulo supra scripto. Restitutus ex hoc interdicto ususfructus intellegitur, cum petitor in fundum admissus sine periculo interdicti UNDE VI ad eam rem propositi (*L. 3. §§ 13—16. D. unde vi* 43, 16. *L. 60. pr. de usufr.* 7, 1) depelli non potest. Alii (*sc. dicunt, putant*), diversam causam possessionis, cum illo, qui posses *rel. desunt.* Ob hier der Fall, da der Beklagte nur Detention hat, besprochen wurde? *cf. L. 5. § 1. D. ad exhib.* (10, 4). *Ulp.* ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur, rei servandae causa sit in possessione. — ut actor

In der Kaiserzeit, wo die Magistrate es überhaupt liebten, eigene Machtgebote (pro sua potestate) anstatt des ius ordinarium der Interdicte eintreten zu lassen [68]), ertheilten sie auch in diesen Fällen, falls die Sache keiner Untersuchung zu bedürfen schien [69]), und in andern Fällen mangelnder Defensio anstatt der Missio in Bona die Einweisung in den Besitz der streitigen Sache (missio in possessionem rei petitae), wenn nicht etwa das sträfliche Latitiren oder der Dolus des Beklagten jene härtere Maaßregel rechtfertigte [70]).

Aehnlich ist das Verfahren bei Noxalklagen, die den Vater oder Herrn wegen des Delicts seines Sohnes oder Sclaven nicht unbedingt, sondern nur dann verpflichten, wenn er nicht sein Recht an dem Thäter dem Kläger abtreten will, weshalb diesem wegen Nichtübernahme der Klage die Missio in Bona nicht gegeben werden kann. Ist der Beklagte gegenwärtig und leugnet die Potestas ab, so wird die Klage gegen ihn in solidum gegeben [71]). Räumt er sie ein, so wird er durch dieselbe Eventualität zur Noxae Datio gezwungen [72]). Ist er abwesend und Niemand übernimmt seine Vertretung, so wird dem Kläger gestattet, den Sclaven als den seinigen in Besitz zu nehmen [73]); den Sohn aber im eigenen Namen zu belangen und durch die Personalexecution sich seine Befriedigung zu sichern [74]).

Ebenso kann der Beklagte bei persönlichen Klagen, die in seiner Person nur durch das Eigenthum an einer Sache bedingt sind, durch Abtretung desselben an den Kläger sich liberiren [75]).

rem possideat, is cum quo agetur, utatur fruatur.

68) S. oben § 98 Note 20.

69) *L. 20. § 1. D. de interr. in iure* (11, 1) vgl. mit *L. 80. D. de rei vind.* (6, 1) in Note 62.

70) *L. 7. §§ 16—19. D. quib. ex caus. in poss.* (42, 4). Auf diese Unterschiede bezieht sich auch wohl die causae cognitio in *L. 18. D. si servitus* (8, 5). Auch diese Missio wie das Interdict gab dem Kläger ausschließlichen und juristischen Besitz.

71) *L. 21. § 2. L. 22. § 4. D. de nox. act.* (9, 4).

72) *L. 21. pr. D. eod.*

73) *L. 21. § 1. L. 26. § 6. L. 30. L. 32. L. 33. D. eod.*

74) *LL. 33—35. D. eod. Lex Rubr. c.* 22. In *L. 32. cit.* ging ducitur im Sinne des Callistratus vielleicht auch hierauf.

75) So die actio aquae plu-

Der Nichtvertheidigung des Beklagten, die dem Kläger die Verfolgung seines Rechts unmöglich macht, correspondirt auf Seite des Klägers kein ähnlicher Fall [76]); denn der Beklagte hat kein Recht zu verlangen, daß jener jetzt gegen ihn klage und ihm dadurch die Möglichkeit des Beweises, daß er ihm nichts schuldig sei, verschaffe. Auch durch das Vadimonium, das er dem Kläger promittirt hat, ist dieser in keiner Weise obligirt, läuft also auch keinerlei Gefahr, wenn er es nicht einhält [77]). Anders freilich, wenn er zugleich Beklagter ist und gegenseitige Vadimonien bestellt sind [78]).

---

c. Der Eid (iusiurandum) [1]).

§ 107. **Der Eid** (iusiurandum), d. i. die religiöse Versicherung [2]) **einer Parthei** zum Behuf der Schlichtung

viae arcendae gegen den dritten Besitzer, der das opus nicht gemacht hat. *L. 7. D. de aqua et aquae pluv.* (39, 3). Nach Analogie der actio noxalis wohl auch bei der actio de pauperie. *cf. L. 1. § 45. D. de pauperie* (6, 1). Wegen der cautio damni infecti s. § 119.

76) *L. 26. § 6. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *Ulp.* — si, dum decreto Praetoris non obtemperat, iurisdictionem denegaverit, gehört nicht hierher. Vgl. Keller, Civilpr. Note 757, sondern s. oben § 86 Note 27.

77) Ich nehme also meine frühere Meinung Handbuch S. 287 Note 37 zurück. Schon damals wurde bemerkt, daß *Horat. Serm.* I. 9, 35. sicher auf den Beklagten gehe, und daß *Sueton. Calig.* 39. auf ihn bezogen werden könne. So auch Rudorff, Rechtsg. II. § 64 Note 27; doch scheint mir das daselbst angeführte Senatusconsult kein sicherer Beweis für unsre gemeinschaftliche Ansicht. Anders Zimmern, Rechtsg. III. § 115, der auch die abweichenden Ansichten älterer Schriftsteller anführt.

78) S. z. B. in Bezug auf die actio pro socio zwischen P. Quintius und Sex. Nävius. *Cic. pro Quint. c.* 5. 6.

1) *Paul.* II. 1. *de rebus creditis et de iureiurando. Dig.* 12, 2 *de iureiurando sive voluntario, sive necessario, sive iudiciali. Cod. Iust.* 4, 1. *de rebus creditis et iureiurando.* Vgl. Zimmern, Rechtsg. III. § 127. Puchta, Instit. § 173. Savigny, System §§ 309—313. Keller, Civilpr. § 64. Rudorff, Rechtsg. II. § 67.

2) *Cic. de off.* III. 29. Est enim iusiurandum affirmatio religiosa. Dann sagt er, auf den promissorischen Eid übergehend: quod autem affirmate,

des Rechtsstreits, nimmt im römischen Civilprozeß eine weniger bedeutende Stelle ein als im germanischen. Denn während er in diesem ein gesetzliches Recht des Beklagten ist, welches regelmäßig andern Beweisen vorgeht, tritt er dort nur auf Verlangen des Gegners oder des Richters ein[3]), weil es an andern Mitteln die Wahrheit ans Licht zu bringen fehlt[4]). Dennoch war er auch bei den Römern in häufigem Gebrauch und zwar in dreifacher Veranlassung.

I) Außergerichtlich pflegte nach uralter römischer Sitte eine Parthei, welche zur strengen Rechtsverfolgung vor der Gerichtsobrigkeit kein Zutrauen hat, auch über einen materiellen Vergleich (transactio) mit dem Gegner sich nicht einigen kann, die Untersuchung und Entscheidung durch einen gemeinsam erwählten Schiedsrichter, entweder mittelst einer Wette (sponsio) herbeizuführen oder durch Conventionalstrafe (compromissum) zu sichern, oder aber durch Eidesantrag (iusiurandum delatum) den Gegner selbst zum Richter in eigener Sache zu setzen[5]), und also, sei es nun daß dieser den Antrag freiwillig annimmt und den Eid leistet (iusiurandum

quasi deo teste, promiseris, id tenendum est; und fügt als ein Philosoph, dem vom Glauben der Väter nur der sittliche Niederschlag geblieben, hinzu: iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet. Vor dem Volk aber accommodirte er sich *pro Rosc. com.* 16. quae poena a diis immortalibus periuro, haec eadem mendaci constituta est.

3) *L. 3. pr. D. h. t. Ulp.* — si reus iuravit, nemine ei iusiurandum deferente, Praetor id iusiurandum non tuebitur: sibi enim iuravit; alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens nemine sibi deferente iusiurandum, oneribus actionum se liberabit.

4) *L. 35. pr. D. h. t. Paul.* omnibus probationibus aliis deficientibus. *L. 31. eod. Gai.* in dubiis causis. *Quintil.* V. 6, 1. *sqq.* [*de probationibus*] § 6. nobis adolescentibus seniores in agendo facti praecipere solebant, ne unquam iusiurandum deferremus.

5) *L. 1. pr. D. quar. rer. actio* (44, 5). *Ulp.* Iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet. non immerito: cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei iusiurandum. *Quintil. cit.* § 4. qui defert, alioqui agere modeste videtur, cum litis adversarium iudicem faciat.

voluntarium)[6]) oder ihn zurückschiebt[7]), durch diese Art des Vergleichs[8]) die definitive Entscheidung in die höhere objective Sphäre des göttlichen Gerichts oder in die subjective des Gewissens zu versetzen. Daß dieser Weg schon in ältester Zeit von Seiten des Staats anerkannt, also dem wirklich abgeleisteten Eide, um des Vertrages und der Religion willen[9]), durch die Gerichtsobrigkeit im Legisactionenprozeß Folge verschafft wurde, wenigstens durch Versagung der Klage, welche abgeschworen worden, wenn auch nicht durch Gewährung des durch den Eid unterstützten Anspruches, ist mir nicht zweifelhaft[10]). Später verhieß der Prätor in seinem Edict nicht nur dem Beklagten eine exceptio iurisiurandi, sondern auch dem Kläger eine in factum actio zu geben[11]). — Diese eigenthümlich römische Sitte, Rechtsstreitigkeiten außergerichtlich zu schlichten, verbreitete sich auch in den Provinzen und unter den Peregrinen[12]) und erhielt sich bis in die späteste Zeit[13]).

6) *Rubr. Dig. tit. cit.* sive voluntario. *L. 1. D. h. t.* ex pactione ipsorum litigatorum. *L. 25. eod.* in Note 9 und folgende Note. *L. 1. C. l. h. t.* ex consensu utriusque partis.

7) Zwar sagt *L. 17. pr. D. h. t. Paul.* Iusiurandum, quod ex conventione extra iudicium defertur, referri non potest. Allein damit wird eben nur gesagt, daß außergerichtlich kein Zwang zur Annahme oder Zurückschiebung des Eides statt finde; dagegen wurde es gewiß von jeher anerkannt, daß wer den Eid vom Gegner fordert, nach dem Princip der Gleichheit, seinerseits den zurückgeschobenen nicht ohne Schmach (turpitudo) ablehnen könne. *L. 34. § 7. D. h. t.* referat iusiurandum — aequissime —; cum non deberet displicere condicio iurisiurandi ei, qui detulit. Vgl. noch für die sittliche Beurtheilung *L. 25. § 1. D. de const. pec.* (13, 5). *Pap.* — modestius facere qui referat, quam ut ipse iuret.

8) *L. 2. D. h. t. Paul.* Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata.

9) *L. 25. D. h. t.* — propter religionem et conventionem.

10) Eine exceptio iurisiurandi gab es freilich nicht. *Gai.* IV. § 108; aber das abiurare pecuniam *Plaut. Curc.* IV, 2, 10. (496), das hier nicht als ein gerichtliches bezeichnet wird, muß doch cum effectu möglich gewesen sein. Eine Klage anzunehmen, scheint mir bedenklicher, weil auch der promissorische Eid nicht klagbar war; die promissio operarum ist neueren prätorischen Ursprungs. Vgl. Savigny cit. § 309.

11) Die Stellen des Edicts *L. 3. pr. D. h. t.* — IURAVERIT. *L. 7. eod.* — IUSIURANDUM DELATUM FUERIT, welche die Zuschiebung als vergangene Thatsache bezeichnen, gehen vorzugsweise auf diesen Fall. *cf. L. 26. § 10. eod.*

12) *L. 1. D. h. t. Gai* — ad edictum provinciale. Maximum

II) In die gerichtliche Instruction des Rechtsstreits (in iure) durch Legis Actio konnte der Eid (iusiurandum) ursprünglich schon deshalb nicht aufgenommen werden, weil im Ordinarprozeß die religiöse Wette (sponsio) Platz griff, beide Theile die Gerechtigkeit ihrer Sache durch ein den Göttern eingesetztes Pfand (sacramentum) bewährten[14]), welches der Untersuchung, also der Ermittlung der wirklichen Wahrheit Raum ließ. Als aber zu Anfang des sechsten Jahrhunderts d. St. die Lex Silia für pecunia certa credita diesem Ordinarprozeß die bequemere Legis Actio per condictionem substituirte, sehen wir in deren Instruction das materielle und das religiöse Element des Sacramentum, einerseits durch Vorschrift der sponsio tertiae partis, andrerseits durch Zulassung der Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides, auseinandertreten. Dieß wurde bald darauf durch die Lex Calpurnia mit der Legis Actio per condictionem auf omnis certa res übertragen[15]), und also der Eid von Seiten des Staats nicht bloß wie bisher in seiner Wirkung, sondern auch in seinen Bedingungen, als gesetzliches Recht der Partheien vor Gericht (iusiurandum necessarium)[16]) in diesen beiden Fällen anerkannt. Nach der Lex Aebutia gab der Prätor an Stelle der einen und andern Legis Actio eine Formula, die sich nicht bloß durch den Namen condictio, sondern auch darin ihnen eng anschloß, daß dem Kläger die Wahl gelassen wurde, entweder das behauptete DARE OPORTERE zur Entscheidung durch einen Judex zu bringen, bei certa pecunia mit der gesetzlichen Sponsion, oder dem Beklagten darüber den Eid zuzuschieben. Aus diesem geschichtlichen

remedium expediendarum litium in usum venit iurisiurandi religio: qua vel pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate iudicis deciduntur controversiae. *Ep. ad Hebr.* 6, 16. *πάσης ἀντιλογίας πέρας — ὁ ὅρκος.*

13) Beweis die angeführten Titel von Justinians Compilation, während der Gebrauch des außergerichtlichen Eides bei uns verschwunden, ja selbst unzulässig ist. Savigny cit. S. 85.

14) S. oben § 37, Bd. 1 S. 120.

15) S. oben § 44. Rudorff cit.

16) *Rubr. Dig. tit. cit.* sive necessario.

Zusammenhang erklärt sich die Folge der Titel des Edicts de rebus creditis, si certum petetur und de iureiurando [17]); und der Ausdruck, durch welchen der Prätor überhaupt zur Annahme und Ableistung oder Zurückschiebung des Eides zu zwingen verhieß [18]). Aber auch bei omnis certa res ließ er von Anfang an diesen Zwang eintreten [19]); dann in bestimmten andern Fällen [20]), und endlich überall [21]), nicht nur wo der Kläger dem Beklagten, sondern auch wo dieser jenem den Eid zuschieben will [22]).

Aus der Uebernahme des freiwilligen Eides als eines gesetzlichen Mittels der Rechtsverfolgung in die gerichtliche Instructionsverhandlung (in iure), wodurch dieser, wie durch Geständniß oder Nichtvertheidigung eine eigenthümliche Wendung gegeben werden kann, erklärt sich die Zwitternatur dieses nothwendigen Eides. Die gerichtliche Eideszuschiebung ist wie die außergerichtliche willkührlich und enthält einen Transact [23]), weil der Zuschiebende auf die strenge Geltendmachung seines Rechts durch Beweis und richterliches Urtheil verzichtet, — daher auch die vollständigste Dispositionsbefugniß dazu erforderlich

17) *Paul.* II. 1. *cit.* *Dig.* 12, 1. de rebus creditis, si certum petetur et de condictione. 2. *cit.* *Cod. Iust.* 4, 1. *cit.* 2. si certum petatur.

18) *L. 34. § 6. D. h. t. Ulp.* Ait Praetor: EUM A QUO IUSIURANDUM PETETUR, SOLVERE AUT IURARE COGAM; also den Beklagten, und solvere, was zwar nicht ausschließlich, aber vorzugsweise solutio pecuniae bezeichnet. S. *Gai.* IV. § 21. *L. 4. § 2. D. de re iud.* (42, 1). *L. 54. D. de solut.* (46, 3) u. A.

19) *L. 34. pr. D. h. t. Ulp.* Iusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet.

20) Constituta pecunia *L. 14. L. 36. D. h. t. L. 25. § 1. D. de pec. const.* (13, 5). actio rerum amotarum. *L. 16. L. 28. § 7. D. h. t. L. 11. §§ 1—3. D. de act. rer. am.* (25, 2), actiones noxales über den Passivlegitimationspunkt *L. 21. §§ 2. sqq. D. de nox. act.* (9, 4), actio iniuriarum nach der Lex Cornelia. *L. 5. § 8. D. de iniur.* (47, 2).

21) *L. 3. § 1. D. h. t. Ulp.* Quacunque — actione quis conveniatur *rel.* In pecuniariis causis im Gegensatz der Criminalsachen *Paul.* II. 1. § 1. *L. 13. § 6. D. h. t.* Auch bei Statusklagen *L. 3. §§ 2. 3. L. 13. pr. L. 30. § 4. eod. L. 6. C. I. h. t.*

22) *Paul.* II. 1. § 1. alter ex litigatoribus. Doch hat der Kläger noch immer den Vorzug. § 2. Deferre iusiurandum prior actor potest.

23) Note 8 und unten Note 50. 81.

ist[24]), — und den Ausspruch seines Gegners, wie wenig gewissenhaft oder befähigt zur Aussage der Wahrheit dieser sein mag, gegen sich gelten lassen will[25]). Die Annahme und Ableistung oder Zurückschiebung des Eides von Seiten des Andern aber ist nothwendig, er muß sich darauf, wie auf das Judicium, einlassen, wenn er nicht sachfällig werden will[26]), die Competenz des Magistrats vorausgesetzt; denn nur vor einem solchen ist er auch zu dieser Art der Defensio verpflichtet[27]). Da indeß der Eid das Gewissen des Schwörenden berührt, so tritt dieser Zwang nur gegen den Eidesmündigen[28]) und den eigentlichen Schuldner ein, nicht gegen dessen Vertreter[29]), oder den Erben[30]) oder wer sonst nicht aus eigener Wissenschaft schwören kann[31]).

Da überhaupt die Eideszuschiebung, zwar als Beweis des Vertrauens in den Gegner keine Beleidigung[32]), aber eine

24) Daher nicht der Pupill, der Prodigus, *L. 17. § 1. L. 35. § 1. D. h. t. L. 1. § 1. D. quar. rer. actio* (44, 5); wohl der Vormund *L. 17. § 1. D. h. t.* nam et alienare res et solvi eis potest et rem in iudicium deducunt. *cf. L. 35. pr. eod.*; der Procurator nur, wenn er Generalbevollmächtigter ist oder specielle Vollmacht dazu hat. *L. 17. § 3. — L. 19. D. h. t. L. 7. C. I. eod.*; ebenso der Actor Municipum *L. 34. § 1. D. eod.*; der Sklave nur vermöge der libera peculii administratio. *L. 20. L. 21. L. 22. L. 24. eod.* Aus demselben Grunde wird der Minderjährige gegen die Eideszuschiebung restituirt *L. 9. § 4. D. D. h. t. L. 4. C. I. eod.* und die Gläubiger können die des Gemeinschuldners anfechten. *L. 9. § 5. D. eod.*

25) *L. 26. pr. D. h. t. Paul.* Qui iurasse dicitur, nihil refert, cuius sexus aetatisve sit: omni enim modo custodiri debet iusiurandum adversus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit; quamvis pupillus non videatur peierare, quia sciens fallere non videatur. *L. 42. eod.* Dem Sklaven *L. 23. L. 25. eod.*

26) *L. 26. § 2. D. h. t. Paul.* instar iudicii.

27) *L. 28. § 2. D. de iudic.* (5, 1). *L. 35. § 2. D. h. t.*

28) *L. 34. § 2. D. h. t.*

29) *L. 34. § 3. eod. Ulp.* Procurator non compellitur iurare, nec defensor; — sufficereque ad plenam defensionem, si paratus sit iudicium accipere.

30) *Paul.* II. 1. § 4.

31) *L. 11. § 2. D. de act. rer. amot.* (25, 2). Auch die Zurückschiebung fällt aus diesem Grunde weg; und dann wird eine Frist zur Vergewisserung gegeben. *L. 34. pr. D. h. t.*

32) *L. 14. D. h. t. Paul.* Quotiens propter rem iuratur (nicht propter calumniam *L. 7. §§ 3. 4. D. de obseq. par.* 37, 15), nec parenti, nec patrono remittitur iusiurandum *rel.* Ausnahmen in

Gewissensbedrängung desselben enthält, welche durch die Möglichkeit der Zurückschiebung nicht völlig gehoben wird, so kann dieser von dem Zuschiebenden einen Gefährdeeid (iusiurandum calumniae) verlangen, daß er es nicht aus Schikane, d. h. um ihn entweder zur Zurückschiebung zu nöthigen, oder des Meineids verdächtigen zu können, thue[33]). — Die Eidesformel[34]), sowohl was die religiöse Bekräftigung[35]), als was den Gegenstand, das streitige Recht oder die Thatsache, die ganze Sache oder einen Theil derselben betrifft[36]), wird durch die Zuschiebung bestimmt, diese also immer auf die Behauptung des Gegners gerichtet[37]). Ist Streit über ihre Zulässigkeit, so entscheidet der Prätor[38]). — Die Zurückschiebung enthält dann nicht eine gleiche Gegenbeschuldigung[39]), sondern das gerade Gegentheil jener Behauptung, und wird nöthigen Falls durch

L. 16. eod. Die Vestalinnen und der Flamen Dialis sind nach einer ausdrücklichen Bestimmung des Edicts von allem Eideszwang befreit. *Gellius* V. 15, 31. Verba Praetoris: — in omni iurisdictione mea iurare non cogam.

33) *L. 34. § 4. D. h. t. Paul.* II. 1. § 2. *L. 25. § 3. D. de prob.* (22, 3). *L. 9. C. l. h. t.* Auf jene schikanöse Absicht deutet *Quintil.* V. 6, 5. id agi, ut in causa, in qua vincere non possit, queri possit. Bei der Zurückschiebung kann der Gefährdeeid natürlich nicht gefordert werden, da der Zuschiebende selbst die Sache auf den Eid gestellt hat. *L. 34. § 7. D. h. t.*

34) Concepta verba *Plaut. Pseud.* I. 3. 119. (353). *Serv. Aen.* 12, 13. Concepta autem verba dicuntur iurandi formula, quam nobis transgredi non licet.

35) Die Eideszuschiebungen ex animi tui sententia (*Cic. acad.* II. 47.), per Deum, per caput tuum vel filiorum tuorum, per genium Principis, selbst propria superstitione, sind alle gültig; nur nicht improbatae publicae religionis, also zur Zeit der Classiker der christliche, unter Justinian der götzendienerische Eid. *L. 3. § 4. L. 4. L. 5. pr. §§ 1—3. L. 13. § 6. L. 33. D. h. t. L. 2. C. l. eod.*

36) *L. 7. D. h. t. Ulp.* sive de tota re, sive de parte sit iuratum. *cf. L. 13. § 2. eod.* Der Formula entsprach sie nicht nothwendig. Vgl. Rudorff zu Puchta cit. Note g. Keller, Civilpr. cit. Note 745. Ueberhaupt s. Savigny cit. S. 60 folg.

37) Dieß, daß der Gegner sie unverändert abschwören muß, nicht weil die Zuschiebung eine Nöthigung zum Geständniß wäre, ist der Grund. Anders Savigny S. 54 59. Ueber einen für den Rechtsstreit indifferente Thatsache ist die Eideszuschiebung vor Gericht nicht zulässig Im Fall der *L. 39. D. h. t.* war durch Pactum eine solche zur Bedingung der Schuld gemacht.

38) *L. 34. § 5. D. h. t.*

39) *L. 11. § 3. L. 12. L. 13. D. de act. rer. amot.* (25, 2).

den Prätor regulirt [40]). — Die wirkliche Ableistung des Eides erfolgt vor Gericht (in iure), nur ausnahmsweise im Hause des Schwörenden [41]). Ihr gilt der Erlaß des angenommenen Eides (iusiurandum remissum) [42]), und diesem wieder die Verweigerung des Calumnieneides gleich [43]).

Der Erfolg des geleisteten oder erlassenen Eides ist, daß das wirklich Beschworene oder zu Beschwörende [44]), und im Fall der Verweigerung des Calumnien- [45]) oder des zu- oder zurückgeschobenen Haupteides, daß die Behauptung des Gegners für wahr gilt (förmliche Wahrheit) [46]), gleich dem Geständniß oder dem richterlichen Urtheil [47]), ja in noch höherem Grade, wegen des darin enthaltenen Vergleichs und des religiösen Elementes [48]). Denn nicht nur die Ermittelung der wirklichen Wahrheit durch Beweis oder Eideszuschiebung über das Gegentheil [49]), sondern auch

40) *L. 34. § 8. D. h. t.*

41) *L. 18. D. h. t. Paul.* ad personas egregias, eosque qui valetudine impediuntur *rel.*

42) *L. 6. L. 41. L. 32. D. h. t.* S. Note 44.

43) *L. 37. D. h. t.*

44) *L. 9. § 1. D. h. t. Ulp.* Iureiurando dato vel remisso — hoc solum quaeritur, an iuraverit, — vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit. *L. 1. C. l. h. t. Anton.* iureiurando — delato et praestito vel remisso. *L. 8. eod. Diocl. et Max.* Actori delato vel relato iureiurando, si iuraverit, vel ei remissum sit sacramentum *rel.*

45) *L. 9. C. l. h. t. Diocl. et Max.* — si non per actorem, quominus de calumnia iuret, steterit.

46) *L. 38. D. h. t. Paul.* Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre. *L. 34. § 7. eod. Ulp.* — referat iusiurandum, et si is, qui petet, condicione iurisiurandi non utetur, iudicium ei Praetor non dabit.

47) *L. 56. D. de re iud.* (42, 1). *Ulp.* Post rem iudicatam, vel iureiurando decisam, vel confessionem in iure factam nihil quaeritur *rel. L. 1. pr. cit.* in Note 5. *L. 11. § 3. D. h. t. Ulp.* id consequi debeo, quod haberem, si secundum me — pronuntiatum esset —. perindeque haberi quod iuratum est, atque si probatum esset.

48) *L. 2. cit.* Note 8. *L. 25. cit.* Note 9. Das Geständniß ist an sich widerruflich, vgl. § 105, das richterliche Urtheil anfechtbar durch in duplum revocatio, appellatio, in integrum restitutio, und wegen Dolus durch actio und exceptio doli. S. §§ 116—118.

49) Wenn außergerichtlich entgegengesetzte Eide geschworen sind, so gilt der letzte; vor Gericht aber wird keine Eideszuschiebung über das Beschworne, sondern nur darüber, ob geschworen sei, zugelassen. *L. 28. § 10. L. 29. D. h. t.* nec tamen praeiudicium periurio alterius fiet.

jede Art der Anfechtung, selbst wegen Meineid (periurium), ist ausgeschlossen [50]). Der Eid bildet also, gleich der beschwornen Thatsache, einen neuen Rechtsgrund, hebt also die Actio, wodurch die beschworne Frage erneuert werden könnte, auf und begründet ein neues obligatorisches Verhältniß, wie die Litis Contestatio [51]) und Res judicata [52]), und kann, insofern dieß durch den Willen der Partheien bewirkt wird, der Novation verglichen werden [53]).

Die Rechtsmittel, durch welche der Eid geltend gemacht wird, sind, weil er ein prätorisches Institut ist, prätorische, und zwar je nach dem Bedürfniß, für die negative Wirkung eine exceptio, und für die positive eine in factum actio [54]), oder die Anrufung des prätorischen Imperiums. Dieses letztere genügt regelmäßig bei dem gerichtlichen Eide des Beklagten, daß das Recht des Klägers nicht begründet sei (rem eius non esse, se ei dare non oportere, se furtum non fecisse): denn, da dessen Ableistung oder Erlaß dem Prätor unmittelbar gewiß ist, versagt er die Klage ohne Weiteres; nur ausnahms-

50) *L. 21. D. de dolo* (4, 3). *Ulp.* — transactum videri; — stari enim religioni debet. — *L. 1. C. l. h. t. Antonin.* — nec periurii praetextu retractari potest. Die Strafe des Meineids ist nicht ausgeschlossen *L. 22. D. de dolo* (4, 3). *L. 13. § 6. D. h. t. L. 2. C. l. eod.* Der Minderjährige kann gegen die außergerichtliche Eideszuschiebung restituirt werden. *L. 9. § 4. D. eod.*

51) *L. 28. § 2. D. de iud.* (5, 1). *Paul.* iusiurandum in locum litis contestatae succedit. Eine temporaria actio wird perpetuirt. *L. 9. § 3. D. h. t.*

52) *L. 8. C. l. h. t. Diocl. et Max.* ad similitudinem iudicati.

53) *L. 26. § 2. D. h. t. Paul.* Iurisiurandi condicio ex numero potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventione: quamvis habeat et instar iudicii (*sc. accepti et iudicati*). Vgl. Keller cit. S. 261 „das Eidesverfahren schließt ein entschiedeneres und stärkeres Vertrags-Element in sich als die Litis Contestatio." — Die Wirkung des abgeleisteten oder erlassenen Eides ist bei der außergerichtlichen und gerichtlichen Eideszuschiebung wesentlich dieselbe, daher auch die Quellen hierfür ohne Unterschied gebraucht werden können.

54) *L. 9. § 1. D. h. t. Ulp.* Iureiurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero acquirit actionem. *§ 6. L. 28. § 10. eod.* Für die exceptio iurisiurandi s. *§ 4. I. de exc.* (4, 13), für die in factum actio *L. 11. § 1. h. t. L. 8. C. l. eod.*

weise im Fall des Streits ordnet er durch das Judicium mit der exceptio iurisiurandi eine Untersuchung darüber an [55]). Ebenso wenn bei der condictio certi, SI PARET SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, der Beklagte den ihm darüber zugeschobenen Eid verweigert, oder der Kläger seine Behauptung beschwört; weil, wie durch die Condemnation des Judex die bestimmte Geldschuld des Beklagten feststeht und jede weitere Untersuchung überflüssig ist, nöthigt der Prätor diesen zur Zahlung, indem er im Nichtzahlungsfall die gewöhnliche Execution (duci iubere, missio in bona) gegen ihn eintreten läßt [56]). Bei andern Klagen aber, wo in Folge des Eides der Gegenstand der Klage, um exsequibel zu sein, noch einer Untersuchung oder der Schätzung bedarf, wird eine in factum actio gegeben, die den Judex nur hierzu anweist, das Beschworne als feststehend bezeichnet [57]). Der Umfang der Wirksamkeit jener exceptio und dieser actio ist überall auf den beschwornen Satz und auf die Partheien beschränkt.

Die exceptio iurisiurandi findet daher statt, 1) wenn

55) *L. 7. D. h. t. Ulp.* Ait Praetor: EIUS REI, DE QUA IUSIURANDUM DELATUM FUERIT, NEQUE IN IPSUM, NEQUE IN EUM AD QUEM EA RES PERTINET, ACTIONEM DABO. nam — de eo quod iuratum est, pollicetur se actionem non daturum *L. 9. pr. eod. Idem.* Nam postquam iuratum est, denegatur actio: aut si controversia erit, id est, si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est. *cf. Dig.* 44, 5. quarum rerum actio non datur. *L. 1.*

56) Auf den ersten Fall geht die Stelle des Edicts *L. 34. § 6. D. h. t. Ulp.* oben Note 18. Alterum itaque eligat reus: aut solvat, aut iuret. si non iurat, solvere cogendus est a Praetore. Der Ausdruck des Prätors COGAM begründet hier so wenig eigenthümliche Executionsmittel, als bei Zwang zum iudicium accipere, z. B. in *L. 35. § 2. L. 73. D. de procur.* (3, 3). *L. 18. D. iud. solvi* (46, 7), wofür sonst auch compellere gesagt wird. *L. 9. C. l. h. t. Diocl. et Max.* — per iudicem solvere — necesse habet. Anders Rudorff cit. Note 21.

57) *L. 9. § 1. D. h. t. Ulp.* — Actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit, DARI SIBI OPORTERE. *§ 7.* Si petitor iuravit, possessore deferente, REM SUAM ESSE, actori dabitur actio. *L. 11. § 1. eod. Idem.* Proinde si, cum possideret, et deferente petitore REM SUAM ESSE iuravit, consequenter dicemus, amissa quoque possessione, si is, qui detulit iusiurandum, nanctus sit possessionem, actionem in factum ei dandam.

dieselbe Frage (eadem quaestio), wenngleich mit einer andern Actio, zum Gegenstand der Untersuchung gemacht werden soll[58]); jedoch 2) nur unter denselben Personen[59]) (inter easdem personas), außer insofern ein Repräsentations-[60]) oder Successionsverhältniß[61]) sie activ oder passiv für Dritte begründet. Auch darin steht der Eid der Litiscontestation und der Res judicata gleich, daß eine active oder passive Correalobligation in ihrem objectiven Bestande davon betroffen und zerstört wird, wenn nicht die Eidesformel ihm eine beschränktere Bedeutung giebt[62]). Dem Erfolg nach steht er dem absolutorischen Urtheil und nicht dem Vertrage darin gleich, daß er bei einer actio famosa von der Infamia befreit[63]); umgekehrt zerstört er wie dieser auch die naturalis obligatio[64]).

Auch die in factum actio gründet sich 1) auf das durch Eid festgestellte Recht oder die beschworne Thatsache, setzt also immer ein positives Resultat des Eidverfahrens voraus[65]), und zwar wird als solche (in factum oder utilis actio)[66]) die Klage mit ihrem gewöhnlichen Erfolg angestellt, auf welche die gerichtliche Eideszuschiebung sich bezog[67]). Rücksichtlich des

58) *L. 13. § 2. L. 28. §§ 4—8. L. 30. § 4. L. 36. D. h. t.*

59) Nicht gegen Dritte *L. 11. pr. § 3. D. h. t.*

60) Durch Personen in potestate (*L. 23. L. 24. L. 26. § 1. D. h. t.*) und durch freie Repräsentanten (*L. 9. § 6. L. 42. § 2. eod.*) wird die Exceptio leichter erworben, als zum Nachtheil begründet. *LL. 18—21. eod.* Ueber die popularis actio s. *L. 30. § 3. eod.*

61) *L. 7 L. 8. D. h. t.*

62) Active *L. 28. pr. D. h. t.*, passive *L. 28 §§ 1—3. L. 42. eod.* Deshalb wird der Eid der solutio *L. 27. L. 28. § 1. eod.* und der acceptilatio gleichgestellt. *L. 40. eod.*

63) *L. 6. § 4. cf. L. 4. § 5. D. de his qui not. inf.* (3, 2).

64) *L. 40. L. 42. pr. D. h. t. L. 43. D. de cond. ind.* (12, 6). *L. 95. § 4. D. de solut.* (46, 3), conventionis aequitate, wobei der Nachdruck auf conventio, nicht auf aequitas zu legen. Anders Savigny cit. S. 66.

65) *L. 11. pr. D. h. t.* Der Eid rem suam esse, nicht rem petitoris non esse, giebt die Klage. *cf. L. 13. pr. eod.*

66) *L. 11. § 3. L. 13. § 1. D. h. t.* nennen sie utilis actio, weil sie durch die Fiction der Wahrheit des Beschwornen der directa actio gleichsteht. Die in rem actio wird deshalb Publiciana genannt. *L. 7. § 7. D. de Publ. in rem* (6, 2). Ueber die Formula s. Savigny cit. S. 77. Rudorff cit. S. 220.

67) *L. 11. §§ 1—3. L. 13. §§ 3. 4. 5. L. 30. §§ 1. 2. 5. D. h. t. L. 25. § 3. D. de pec. const.* (13, 5).

Strafzusatzes schwanken die Bestimmungen [68]). Andere Klagen oder sonstige gesetzliche Folgerungen können daraus nicht hergenommen werden [69]). Ueberdieß ist 2) die Klage immer nur unter denselben Partheien, nicht für oder gegen Dritte begründet [70]), außer vermöge eines Repräsentations- [71]) oder Successionsverhältnisses [72]).

III) Der im Judicium von einer Parthei geforderte Eid (iusiurandum iudiciale) [73]) steht zwar auch geschichtlich mit dem außergerichtlichen in Verbindung, weicht aber von dem in iure zugeschobenen (iusiurandum necessarium) in mehr als einer Hinsicht ab [74]). Vor Allem darin, daß, da jedes Judicium mit dem Urtheil (res iudicata) endigt, dieses aber durchaus von der Ueberzeugung des Geschwornen abhängt, der Eid nicht die Stelle des Urtheils vertreten, sondern nur wie andere Beweise dasselbe mittelbar bestimmen kann. Unter den Beweismitteln, Zeugen, Urkunden u. A. wird er von den Juristen wie von den Lehrern der gerichtlichen Redekunst besprochen, und von letzteren vor seinem Gebrauch gewarnt [75]),

Immer mußte dieß Judicium wie ein andres constituirt, also Lis contestirt werden. Anders Savigny cit. S. 77.

68) Das Duplum wegen Leugnens fällt weg *L. 30. pr. D. h. t.* Die Infamia trifft den Beklagten wie in Folge des Beweises. *L. §. § 2. eod.*

69) *L. 28. § 9. D. h. t. L. 45. § 1. D. de ritu nupt.* (23, 2). *L. 14. D. de iure patr.* (37, 14). Die Wirkung des positiven Eides ist also beschränkter als die des negativen. S. Note 58.

70) *L. 9. § 7. L. 10. L. 11. § 1. L. 12. D. h. t. cf. L. 13. pr. eod.*

71) *L. 9. § 6. D. h. t.*

72) Natürlich nur Universalsuccession. *cf. L. 7. L. 8. D. h. t.*

73) *Rubr. Dig. tit. cit.* sive iudiciali. Savigny cit. S. 83 folg. bezieht diesen Ausdruck nur auf den vom Judex auferlegten s. g. Erfüllungs- oder Reinigungseid. Allein da auch der vom Gegner in iudicio zugeschobene Eid vom Judex auferlegt wurde (s. Note 76), so ist nach Analogie der cautio iudicialis (s. § 104 Note 4) auch dieser darunter begriffen.

74) Savigny cit. § 313 leugnet die Interpolation von *L. 34. § 9. D. h. t. L. 25. § 3. D. de prob.* (22, 3) und behauptet, daß „von jeher kein wesentlicher Unterschied zu finden war“; erklärt auch die wichtige Stelle von Quintilian Note 75 für „ein allgemeines Räsonnement, kein geschichtliches Zeugniß“. — Um den Unterschied klar zu machen, wird dieser Eid hier besprochen, während er eigentlich seine Stelle in § 108 finden müßte. Vgl. Zimmern, Puchta, Keller, Civilpr. S. 270.

75) *Quintil. Inst. or.* V. 6.

auch ein bekanntes Beispiel öfters angeführt, wie leicht man dabei der Sache des Clienten schaden könne[76]). Vom Gefährdeeid[77]), vom Zwang zur Annahme oder Zurückschiebung des Haupteides ist hier keine Rede. Es ist möglich, den Eid abzulehnen und sich zum Beweise zu erbieten, um der Verdächtigung wegen Meineides vorzubeugen. Abgesehen hiervon wird freilich die Verweigerung des zugeschobenen Eides nur dann für unschädlich erklärt, wenn man sich mit Unwissenheit entschuldigen könne[78]), dadurch also angedeutet, daß in andern Fällen der Geschworne

Insbesondre § 2. praeter alia causae instrumenta. Die Argumente, die der Redner dabei gebrauchen könne, interessiren uns nicht. Die Warnung § 6 f. oben Note 4, wo es dann weiter heißt: certe turpius (*sc. advocato*) habendum, facere quod noceat. Der Jurist Paulus in *L.* 25. *§ 3. cit.* handelt auch unter den Beweismitteln vom Eide im Judicium; denn die Worte prius ipso pro calumnia iurante, und iure referendae religionis ei servando, sind interpolirt.

76) *M. Annaeus Seneca, Controvers. lib.* III. *praef.* erzählt von C. Albucius Silus, einem berühmten Rhetor aus der Zeit des August, den er selbst gehört: Haec illum sollicitudo fugavit e foro, et tantum unius figurae crudelis eventus. Nam in quodam iudicio centumvirali, cum diceretur iurisiurandi condicio aliquando facta ab adversario, induxit eiusmodi figuram, qua illi omnia crimina regereret. Placet, inquit, tibi rem iureiurando transigi? iura, sed ego iusiurandum dabo: iura per patris cineres, qui inconditi sunt; iura per patris memoriam: et executus est locum. Quo perfecto surrexit L. Aruntius ex diverso et ait: accipimus condicionem, iurabit. Clamabat Albucius: non detuli condicionem, schema dixi. Aruntius instabat. Centumviri rebus iam ultimis se parabant. Albucius clamabat: Ista ratione schemata de rerum natura tolluntur. Aruntius aiebat: Tollantur, poterimus sine illis vivere. Summa rei haec fuit: Centumviri dixerunt, dare ipsos secundum adversarium Albucii, si iuraret ille. Iuravit. Albucius non tulit hanc contumeliam, sed iratus calumniam sibi imposuit: numquam enim amplius in foro dixit. *Quintil.* IX. 2, 95. *Sueton. de clar. rhetor.* 6.

77) *Quintil.* V. 6, 4. qui defert, alioqui agere modeste videtur *rel. L.* 25. *§ 3. D. de prob.* (22, 1), welche ihn erwähnt, ist interpolirt. S. Note 75.

78) *Quintil. cit.* § 5. Quo difficilior recusatio est, nisi forte res est ea, quam credibile sit notam ipsi non esse. Quae excusatio si deerit, hoc unum relinquetur, ut invidiam sibi quaeri ab adversario dicat, atque id agi, ut in causa, in qua vincere non possit, queri possit. Es ist wesentlich dasselbe, was im Prozeß des gemeinen Rechts „Beweis zur Gewissensvertretung" heißt, aber nicht römischen Ursprungs ist.

daraus auf ein böses Gewissen schließen und den Verweigernden verurtheilen werde. Ist der zugeschobene Eid angenommen, so erkennt der Judex über seine Zuläßigkeit und erklärt für den, der ihn ableisten werde, sprechen zu wollen [79]. — Eben daraus, daß hier Alles von dem freien Ermessen der Geschwornen abhing, erklärt es sich, daß sie zunächst in bonae fidei iudiciis, dann auch in anderen Sachen, insofern sie sonst eine bestimmte Ueberzeugung nicht gewinnen konnten, auch ohne Zuschiebung des Gegners [80], der einen oder andern Parthei, natürlich derjenigen, die sonst schon Beweise für ihre Behauptung beigebracht oder der, wie z. B. dem Beklagten, eine Präsumtion zur Seite stand, den Eid zuerkannten, der aber wegen später aufgefundener Beweise angefochten werden konnte [81]. Auch der vor dem Prätor zugeschobene und abgeleistete Eid, insofern er den Judex nicht bindet, soll doch von ihm als Ueberzeugungsgrund nicht unbeachtet gelassen werden [82].

---

79) *Seneca cit.* Note 76. Centumviri dixerunt *rel.*

80) Daß diese nicht unbedingt gefordert wurde, scheint *Quintil. cit.* §§ 1. 2. auch durch die Möglichkeit des offerre suum iusiurandum sine illa condicione anzudeuten.

81) *L. 31. D. h. t. Gaius lib. 30. ad edictum provinciale.* Admonendi sumus, interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus Principum, ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit. sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus fuerit: solent enim saepe iudices in dubiis causis, exacto iureiurando secundum eum iudicare, qui iuraverit. Quodsi alias inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare. *cf. L. 1. eod. Idem.* — ex auctoritate iudicis deciduntur controversiae. *L. 3. C. l. eod. Diocl. et Max.* In bonae fidei contractibus, nec non etiam in ceteris causis, inopia probationum per iudicem iureiurando causa cognita decidi oportet, *cf. L. 10. eod.*

82) *L. 13. pr. D. h. t.*

C. Untersuchung und Entscheidung (iudicium).

1. Verhandlung und Untersuchung *).

§ 108. Durch die Verhandlung vor dem Prätor (in iure), wenn sie ihren ordentlichen Verlauf gehabt, also durch Bestellung des Judex und Ertheilung der Formula, ist der Rechtsstreit instruirt, d. h. die Untersuchung und Entscheidung des Geschwornen vorbereitet. Diese bildet das zweite Stadium des Prozesses und ist insofern von besonderem Interesse, als in ihr der Erfolg der ganzen Einrichtung im einzelnen Fall und die Zweckmäßigkeit derselben im Allgemeinen sich zeigen muß.

1. Zunächst kommt es auf Verknüpfung von Jus und Judicium an, welche dadurch bewirkt wird, daß die Partheien nach Verabredung gemeinschäftlich den Judex angehen (ad iudicem itur)[1]), — natürlich nicht in seiner Behausung[2]), sondern auf dem Forum, wo er in seinem Dienstjahr an Gerichtstagen regelmäßig zu finden ist, — und ihm die Formula vorzeigen (editis formulis), aus welcher er seine Bestellung und die Sache, um die es sich handelt, im Allgemeinen ersieht[3]). Eine kurze mündliche Erläuterung der Sache, wie in der Zeit der Legis Actiones (causae collectio s. coniectio), wird auch nicht gefehlt haben[4]). Ob die Vereidung des Judex[5])

*) Zimmern, Rechtsg. III. §§ 130 folg. Puchta, Instit. § 174. Keller, Civilpr. § 66. Rudorff, Rechtsg. II. § 76. Um die Dürftigkeit der Nachrichten über die gesetzliche Bestimmung dieses wichtigen Theiles des Prozesses durch ein anschauliches Bild des Thatsächlichen zu ergänzen, sind in dem Anhang zu diesem Bande drei merkwürdige auf uns gekommene Actenstücke aus demselben, Reden des Cicero in Civilsachen, analysirt.

1) Für die Zeit der Legis Actiones sagt *Gai.* IV. § 15. Postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant *rel.*, wovon das Wesen auch jetzt noch vorkommen mußte.

2) Der Privatverkehr mit den Partheien war den Judices in ihrem Dienstjahr verboten. S. *Dio Cass.* in § 65 Note 5.

3) *Gai.* IV. § 141. — ad iudicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur *rel.* Das ibi deutet auf das Forum, wo auch die Untersuchung stattfindet.

4) S. oben § 51 Note 5. Daß noch Gellius und der Jurist Sabinus sich dieses Ausdrucks cau-

sofort und ob sie unter Mitwirkung des Prätors oder nur den Partheien gegenüber statt fand, wissen wir nicht. Die Untersuchung und Verhandlung selbst aber konnte wohl erst in einem späteren, vom Judex angesetzten Termin beginnen.

2. Denn in Einem oder mehreren Terminen, deren Zeit und Ort der Judex bestimmte[6]), schreitet die Verhandlung unter seiner ausschließlichen Leitung (officio iudicis) bis zum Urtheil fort. Unter der Republik scheint er darin sehr freie Hand gehabt zu haben. Die Lex Julia (iudiciorum privatorum) stellte darüber feste Regeln auf[7]). Der Prätor ertheilte ihm nur ausnahmsweise neben der Formula Vorschriften darüber oder griff sonst auf Anrufen der Partheien in die Verhandlung ein[8]).

Alles dieß gestaltete sich eigenthümlich in Centumviralsachen, bei deren Verhandlung vor den Centumvirn der Prätor den Vorsitz führte[9]).

3. Die Verhandlung selbst ist öffentlich[10]) und mündlich[11]), und wird, da es jeder Parthei darauf ankommt,

sam conicere als eines allgemein bekannten in andrer Anwendung bedienen, unterstützt die Annahme des Textes.

5) S. oben § 24 Note 29.

6) *Gell.* in Note 7. Analog bestimmt der arbiter ex compromisso (*L. 1. D. de receptis* 4, 8.) die Zeit *L. 19. L. 21. § 8. L. 40. D. eod.*, und den Ort der Verhandlung. *L. 21. §§ 10. 11. D. eod.*

7) *Gell.* XIV. 2, 1. Quo primum tempore a Praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia, quae appellantur privata, susciperem, libros utriusque linguae, de officio iudicis scriptos, conquisivi, ut homo adulescens — rem iudiciariam — cognoscerem. Atque in dierum quidem diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperitorum commentariis commoniti atque adminiculati sumus.

8) *Cic. pro Quint.* 9. ut te (*sc. C. Aquillium iudicem*) in ius adducerent (*sc. adversarii*), ut nobis tempus, quam diu diceremus, praestitueres. Anderes s. oben § 71 Note 67—74. Dahin gehörte auch die längere Vertagung der Untersuchung (dilatio), um einer Parthei Zeit zur Anschaffung von Beweismitteln zu lassen, s. § 80 Note 65, wozu der Geschworne nicht befugt war.

9) S. oben § 64 Note 30. Ueber die unverschiebbaren Termine des Centumviralgerichts s. *Plin. Ep.* I. 18. V. 21.

10) S. § 79.

11) Die Reden wurden zwar

ein günstiges Urtheil der Geschwornen zu erlangen, zwar in Gegenwart derselben oder ihres legitimirten Vertreters (cognitor, procurator), der durch die Litis Contestatio gleichsam Dominus Litis geworden [12]), aber nicht von diesem selbst, sondern durch einen Sachwalter (patronus, advocatus, causidicus) [13]) geführt (agere, actio), der als Redner mit allen Mitteln fortgeschrittener Redekunst die Erreichung jenes Zieles, durch Ueberzeugung oder Ueberredung des Geschwornen, hoffen läßt. Der überwiegende Einfluß, den die Advocatur hiernach auf die Entscheidung des Rechtsstreits übte und der auch nicht durch das Ansehn eines obrigkeitlichen Richters ermäßigt wurde, mußte alle damit verknüpften Vorzüge und Nachtheile zeigen. Der Charakter der Advocatur und somit dieser Verhandlung selbst war aber unter der Republik und in der Kaiserzeit noch ein wesentlich verschiedener [14]).

Bis zu Ende des Freistaats war das Geschäft des Sachwalters nicht Gewerbe, sondern neben Kriegskunst und Rechtskunde das Mittel, wodurch strebsame Männer höheren Standes sich Ansehn, Ruhm und Einfluß im Volke zu verschaffen und also auch zu öffentlichen Aemtern zu gelangen suchten. War doch die gerichtliche Rede auch die beste Vorschule für die parlamentarische Debatte, durch welche im Senat und in Volksversammlungen die wichtigsten Staatsangelegenheiten zur Entscheidung gebracht wurden. Dieses Ziel des persönlichen Ehrgeizes, ferner die Größe und häufig selbst die politische Bedeutung der verhandelten Rechtssachen und die Leidenschaftlichkeit einer revolutionären Zeit trugen wesentlich dazu bei, die Redekunst zu der Höhe zu führen, die in den erhaltenen Bei-

von Schnellschreibern nachgeschrieben, aber nur im Privatinteresse. *Ascon. in Milon. p.* 42. *Orelli.* Manet autem illa quoque excepta eius oratio.

12) S. § 100 S. 428.

13) Vgl. § 89 Note 9. 11.

14) Vgl. Cicero's Reden und Bücher von der Redekunst mit Quintilian, de institutione oratoria, besonders lib. XII., die Briefe des jüngern Plinius und dem vortrefflichen Dialogus de oratoribus, der zwar in den wenigen erhaltenen Handschriften dem Tacitus zugeschrieben wird, dessen Verfasser ich aber lieber mit Lipsius dahin gestellt sein lasse.

spielen unsere gerechte Bewunderung erregt. Andrerseits ist aber auch nicht zu verkennen, daß die Ungebundenheit, mit welcher die Sache des Clienten selbst gegen Recht und Wahrheit durchzuführen und die Personen, des Gegners, seiner Zeugen u. s. w., herabzusetzen gesucht wird [15]), guter Sitte und wahrer Gerechtigkeit nicht entsprach [16]). Nur der Advocat des Widersachers wird als College oder als gefährlicher Gegner geschont [17]), und den Geschwornen ist der Redner in jeder Weise zu gewinnen bemüht [18]). Besäßen wir freilich Reden aus der älteren Zeit, etwa von C. Gracchus, oder aus der mittleren, z. B. von L. Crassus, dem rechtskundigsten unter den Rednern, und Q. Mucius Scävola, dem beredtesten der Rechtsgelehrten, so würden sie uns wohl ein in dieser Hinsicht günstigeres Bild zeigen; und selbst Cicero's Zeitgenossen, Jul. Cäsar und M. Brutus, mögen ihn durch knappere Form und strengere Sachlichkeit übertroffen haben.

Mit dem Untergang der Freiheit aber mußte alles dieß sich ändern. Zwar verschmähten auch jetzt noch Männer des ersten, senatorischen Standes es nicht, Rechtssachen sowohl vor Geschwornen, besonders in dem vornehmsten Gerichtshof der Centumvirn, als vor dem Senat und vor dem Kaiser zu führen. Aber da es nun auch für gesetzlich bestimmte Belohnung geschah [19]), so war es für Talente selbst des dritten

15) Von dieser canina eloquentia, wie sie in guter alter Zeit Appius Claudius Caecus nannte (*Quintil.* XII. 9, 9. *sqq.*), ist auch Cicero nicht freizusprechen, obgleich er *pro Tullio* 5. versichert: nisi plane cogit (*causa*) ingratiis, ad male dicendum non soleo descendere. Vgl. z. B. die Schilderung des Gegners *pro Roscio com.* 7., die Charakterisirung der Zeugen *pro Caec.* 9. 10.; und zwar nur zur Erheiterung der Zuhörer, denn die Zeugen hatten für Cäcina ausgesagt.

16) *Dialog. de oratorib.* 40. est magna illa et notabilis eloquentia alumna licentiae, quam stulti libertatem vocabant.

17) *Quintil.* XII. 9, 11. — quod, nisi si forte meruerunt, et inhumanum est respectu communium officiorum, et cum ipsi qui dicit inutile (nam idem iuris responsuris datur), tum causae contrarium, quia plane adversarii fiunt et inimici. Vgl. *Cic. pro Tullio* 1. mit *pro Cluentio* 28. 29. 40. und *pro Murena* 9. *sqq.*

18) S. oben § 71 Note 65.

19) S. oben § 89 Note 14.

Standes[20]) der Weg, sowohl Reichthum als Ansehn und Gunst bei dem Fürsten, der die Staatsämter vergab, zu gewinnen[21]). Die Redekunst, auf die Gerichte beschränkt und ihrer großen Vorbilder im öffentlichen Leben beraubt, mußte unter dem ausschließlich der Form zugewendeten Bestreben der Rhetorenschulen an Kraft und Fülle eben so viel einbüßen, als sie an Glätte und Zierlichkeit gewann[22]). Aber der Verlust an freier Bewegung des Redners unter den gesetzlichen Formen und der strengeren Aufsicht des Richters kam der Wahrheit und Gerechtigkeit, also dem letzten Zweck zu Gute[23]).

Immer richtete sich die Rede hauptsächlich an den Geschwornen, wurde jedoch durch Interpellationen des Gegners oder seines Sachwalters unterbrochen und belebt. Die Redetheile waren herkömmlich: 1) Exordium, 2) Narratio, 3) Partitio, 4) Confirmatio, mit welcher 5) die Reprehensio oder Refutatio verbunden wurde, und 6) Conclusio[24]).

4. Als gesetzliche Form stand ursprünglich durch Vor-

20) *Tac. Ann.* XI. 7. *Iuvenal.* VIII. 47.

21) *Dial. de oratorib.* 8. Marcellum Eprium et Crispum Vibium —. nec hoc illis alterius ter milies sestertium praestat, quamquam ad has ipsas opes possunt videri eloquentiae beneficio venisse, [sed] ipsa eloquentia —: per multos iam annos potentissimi sunt civitatis, et, donec libuit, principes fori, nunc principes in Caesaris amicitia agunt *rel.*

22) Ueber diese und andre Ursachen der gesunkenen Beredtsamkeit s. *Dial. de oratorib. c.* 28—37., über ihren Charakter *c.* 20. 22.

23) *Dial. cit. c.* 38. Transeo ad formam et consuetudinem veterum iudiciorum, quae etsi nunc est aptior veritati, eloquentiam tamen illud forum magis exercebat. in quo nemo intra paucissimas horas perorare cogebatur, et liberae comperendinationes erant, et modum dicendi sibi quisque sumebat et numerus neque dierum neque patronorum finiebatur. primus haec tertio consulatu Gnaeus Pompeius astrinxit, imposuitque veluti frenos eloquentiae *rel.* — *c.* 19. — iudices, qui vi et potestate, non iure et legibus cognoscunt, et nec accipiunt tempora, sed constituunt, nec exspectandum habent oratorem, dum illi libeat de ipso negotio dicere, sed saepe ultro admonent atque alio transgredientem revocant et festinare se testantur. *c.* 20. praecurrit hoc tempore iudex dicentem. *c.* 39. — saepe interrogat iudex, causam quando incipias, et ex interrogatione eius incipiendum est.

24) *Cic. de invent.* I. 14. *Quint.* IV. *pr.* § 6.

schrift der Zwölf Tafeln fest, daß die Verhandlung an Einem Tage durchgeführt (perorare) und an demselben Tage das Urtheil gesprochen werden sollte [25]), damit dieß bei dem Mangel schriftlicher Aufzeichnung unter dem frischen Eindruck des Gehörten geschehen möge. Allein die Vertagung auf einen zweiten Termin, wenn dieß Ziel nicht erreicht worden war, muß schon damals möglich gewesen sein; und in Cicero's Zeit war es, ganz einfache Sachen ausgenommen, selbst das Gewöhnliche, daß die Geschwornen sich ein- oder mehreremale für nicht ausreichend unterrichtet erklärten (sibi non liquere) und einen neuen Termin ansetzten [26]). Daher die prima, secunda actio u. s. w. unterschieden wird, in denen auch wohl verschiedene Redner auftraten [27]). Die hier noch mögliche Verschleppung der Sache sollte eben durch die gesetzliche Beschränkung der Termine und Fristen (dierum diffissiones et comperendinationes), sowie der Zahl der Redner verhütet werden [28]). Jener Zweck aber wurde auch jetzt dadurch erreicht, daß die Verhandlung jedesmal von Neuem begann, also den Geschwornen stets ein lebendiges Gesammtbild der Sache gab [29]).

Jeder Redner erhielt in jedem Termin nur Einmal das Wort zu einem zusammenhängenden Vortrag (continua oder

25) S. oben § 51 Note 1.

26) So in der Sache des Cäcina, wo Cicero die Frage allgemein bespricht. *pro Caec.* 1—4. 11. Ebenso in der Sache, die Cicero vor den Decemvirn führte. *c.* 33. *pro Quintio* 1. *pro Tullio* 1. 4. 5. *pro Flacco* 20. — *Gell.* XIV. 2, 12. *Seneca Ep.* 65.

27) So für den P. Quintius erst M. Junius, dann Cicero; für den Gegner Q. Hortensius, den L. Philippus unterstützte, um ihn eventuell abzulösen.

28) S. oben Note 7. 22. In Civilsachen scheint die Vertagung jetzt selten gewesen zu sein. *Quintil.* XII. 9, 16. aut primae actiones, aut quae in publicis iudiciis post interiectos dies dantur.

29) Insbesondre die Geschichtserzählung (narratio) wurde von den Rednern wiederholt. *Cic. pro Quintio* 3. *sqq.* *pro Tullio* 14. *sqq.* *pro Caecina* 4. *sqq.* Desgleichen aber auch die Argumente, die in Cicero's Reden immer die ganze Sache betreffen. Keller, Civilpr. S. 274 sagt: „Unter den Kaisern zeigt sich aber von jener Regel keine Spur mehr; man scheint vielmehr, abgesehen von anderweitiger Vertagung, am folgenden Tage da fortgefahren zu haben, wo man am Abend stehen geblieben war"; giebt aber keine Beweise dafür.

perpetua oratio, peroratio) und zwar allemal der Sachwalter des Klägers zuerst, um die Klage seines Clienten zu begründen, dann der Sachwalter des Beklagten, um ihn zu widerlegen [30]). Da die Partheirollen durch die Formula bestimmt wurden, so kann man auch wohl sagen, daß durch sie die Beweislast vertheilt, streng genommen nur die Reihenfolge von Deduction und Gegendeduction angeordnet wurde; denn der Geschworne war dadurch in seinem Erkenntniß nicht, wie heutzutage der Richter durch das Beweisinterlocut, gebunden [31]). Immerhin war auch in dieser Hinsicht die Lage des Beklagten und seines Vertheidigers die günstigere, weil er die bekannten Angriffe des Gegners nur abzuwehren hatte [32]).

Wie lange Jeder reden wollte, war früher seiner Discretion überlassen, und dieß Recht wurde häufig, namentlich von dem Vertheidiger des Beklagten, mißbraucht, um das Urtheil an diesem Tage unmöglich und die Ansetzung eines zweiten Termins nöthig zu machen (dicendo diem eximere) [33]). Die Lex Pompeja a. 702. schrieb zuerst dem Gegner im Judicium publicum eine bestimmte Stundenzahl vor [34]); und die Lex Julia scheint für privata Judicia eine ähnliche Bestimmung getroffen zu haben [35]). Auch der Geschworne konnte jetzt auf

30) So die Reden des Cicero für den Quintius, Tullius und Cäcina in einem zweiten oder dritten Termin.

31) S. § 109.

32) Daher die heftige und wiederholte Klage des *Cicero pro Quintio* 1. 2. 8. 10. 13. 31., daß, indem seinem Clienten die Sponsion auferlegt worden, er genöthigt sei, priore loco zu reden und noch obendrein eine Negative zu beweisen.

33) Daher die Beschwerde des Hortensius und der Versuch, durch den Prätor dem Sachwalter des Quintius die Stundenzahl bestimmen zu lassen *Cic. pro Quint.* 9. 10. 22. und Cicero's Bitte *pro Tullio* 6. Unum hoc abs te, L. Quinti, pervelim impetrare, — ut ita tibi multum temporis ad dicendum sumas, ut his aliquid ad iudicandum relinquas. Namque antea non defensionis tuae modus, sed nox tibi finem dicendi fecit. *Dial. de orat.* 19. id ipsum laudi dabatur, si dicendo quis diem eximeret.

34) *Cic. Brutus* 94. *Dial. de orat.* 38. Note 23. *Ascon. in Milon. p.* 40. *Orelli.* Für den Ankläger zwei, für den Angeklagten drei Stunden.

35) *Plin. Ep.* I. 23. VI. 2. Den Rednern vor dem Senat wurde die Stundenzahl willführlich bestimmt. *Idem* II. 11. IV. 9.

Abkürzung der Reden hinwirken [36]) und die gesetzliche Stundenzahl (clepsydrae) sowohl mindern als mehren [37]).

5. Der Inhalt der Verhandlung betraf beides, das Recht und die Thatsache.

Zwar der Rechtspunkt im Allgemeinen stand durch die Formula fest, und eine Aenderung derselben war nur durch gänzliches Fallenlassen der Klage und Anstellung einer neuen [38]) oder durch eine vom Prätor erlangte in integrum restitutio möglich [39]). Allein eben, weil nur das Rechtsverhältniß überhaupt, welches in Frage kam, in der Formula bezeichnet war, blieb rücksichtlich der für dasselbe geltenden Rechtsgrundsätze noch ein weites Feld der Beurtheilung für den Geschwornen und der rechtlichen Deduction und Gegendeduction für die Sachwalter übrig. Unter der Republik umsomehr, als die Prätoren in ihren Edicten viele neue Klagen aufstellten und fortwährend an denselben besserten oder auch wohl im einzelnen Fall davon abwichen; auch die Jurisprudenz die daraus abzuleitenden Grundsätze noch nicht definitiv festgestellt hatte [40]). Ja, wenn die entscheidenden Thatsachen von dem Beklagten eingeräumt waren, drehte sich die ganze Debatte um den Rechtspunkt [41]). In der Kaiserzeit aber ward es insofern anders,

36) *Dial. de orat. cit.* 19. 20. Note 22.

37) *Plin. Ep.* VI. 2.

38) So wurde dem Cicero, wie es scheint, von den Recuperatoren selbst zugemuthet, das gehässige interdictum de vi armata fallen zu lassen und eine andre Klage anzustellen. *Cic. pro Caecina* 3. Ac si quis mihi hoc iudex recuperatorve dicat: potuisti enim leviore actione confligere, potuisti ad tuum ius faciliore et commodiore iudicio pervenire: quare aut muta actionem, aut noli mihi instare, ut iudicem. *cf. c.* 12. Monet amicus meus *rel.*

39) S. oben § 103 Note 122.

40) Deshalb konnte Cicero die Behauptung wagen, daß ein defensor locuples keine Satisdatio zu bestellen brauche; war doch der Volkstribun M. Brutus bereit, in diesem Sinne dem Prätor Burrienus zu intercediren. *pro Quintio* 19. 20. In derselben Zeit stand es noch nicht unbedingt fest, daß nur durch Eintragung in die tabulae, nicht in die adversaria eine litterarum obligatio, also die condictio certi begründet sei *Cic. pro Rosc. com.* 2. 3.; und erst später drang die consequentere Meinung durch, daß eine deiectio Besitz voraussetze. *pro Caecina* 31. 32.

41) So in der Sache des Tul-

als das Edict sehr bald abgeschlossen und den Gutachten der autorisirten Rechtsgelehrten schon durch August Gesetzeskraft beigelegt, dem Geschwornen eine freie rechtliche Beurtheilung also nur in dem Fall überlassen wurde, wo diese fehlten oder nicht übereinstimmten [42]). Hieraus erklärt sich, daß die Sachwalter jetzt mit weitläufigen Rechtsdeductionen bei dem Geschwornen nicht leicht mehr Gehör fanden [43]).

Die Thatsachen pflegte der Redner vom Standpunkt seines Clienten in einer zusammenhängenden Geschichtserzählung (narratio) vorzutragen [44]), und dann den Beweis (probatio) im Einzelnen, theils durch directe Beweismittel (probationes inartificiales), theils durch Schlußfolgerungen (probationes artificiales, praesumptiones) zu führen [45]). Diese bildeten einen Theil der zusammenhängenden Vorträge der Sachwalter; auf jene wurde darin nur Bezug genommen, und die Beweisaufnahme, insofern eine solche nothwendig war, fand abgesondert statt.

6. Unter den directen Beweismitteln [46]), deren Zweck durchweg die Begründung der Ueberzeugung des Geschwornen ist, nimmt

1) das Geständniß (confessio) die erste Stelle ein; vorzüglich wenn es in der Verhandlung selbst (in iudicio) abgelegt worden [47]), weil dann nicht nur seine Existenz dem Ge-

lius und des Cäcina, wo Cicero nicht nur die Worte des Edicts auslegt, sondern auch seinen Sinn aus der ratio entwickelt. — Hiernach ist es schwer begreiflich, wie man jemals annehmen konnte, das Amt der Geschwornen habe sich auf die nackte Thatsache beschränkt.

42) S. oben § 68 S. 82 folg.

43) *Dial. de oratorib.* 20. quis de exceptione et formula perpetietur illa immensa volumina, quae pro M. Tullio aut A. Caecina legimus? praecurrit hoc tempore iudex dicentem.

44) *Cic. de invent.* I. 19. *Quintil.* IV. 2.

45) *Quintil.* V. 1—7. 8—12. Die Juristen unterscheiden probationes und praesumptiones z. B. *L. 23. pr. D. quod met. causa* (4,2).

46) *Dig.* 22, 3. *de probationibus et praesumptionibus. Cod. Iust.* 4, 19. *de probationibus. Quintilian. cit.* zählt auf: 1) praeiudicia, 2) fama, 3) tormenta, 4) tabulae, 5) iusiurandum, 6) testimonia, die wir in andrer Ordnung betrachten, und denen wir das Geständniß, den Augenschein und die Kunstverständigen hinzufügen.

47) *Cic. pro Caecina* 1. Tum enim nostrae causae spes erat

schwornen unmittelbar gewiß ist, sondern auch die Absicht, nach Ueberzeugung die Wahrheit zu sagen und den Gegner des Beweises zu überheben, angenommen werden muß. Für Geständniß der Parthei, die regelmäßig selbst nicht zu Worte kommt, gilt was ihr Sachwalter erklärt hat[48]), wenn sie nicht sofort seinen Irrthum berichtigt[49]). Auch kann sie es schriftlich abgeben[50]). Es begründet für sich allein gleich andern Beweisen das Urtheil[51]), macht dieses aber, auch wenn es sich auf das ganze streitige Rechtsverhältniß bezieht, nicht wie die confessio in iure überflüssig; denn das Judicium muß allemal durch ein Urtheil beendigt werden[52]). Da dieses aber auf der Ueberzeugung des Geschwornen beruht, so ist es gedenkbar, daß der-

posita in defensione mea, nunc in confessione adversarii. 9. Itaque mihi certum est, recuperatores, antequam ad meam defensionem meosque testes venio, illius uti confessione et testimoniis. Quid confitetur, atque ita libenter confitetur, ut non solum fateri, sed etiam profiteri videatur, recuperatores? — ferro, inquit, ferro (et hoc dicit in iudicio) te reieci atque perterrui.

48) *Cic. pro Tullio* 1. Nunc vero posteaquam non modo confessus est vir primarius L. Quintius *rel. desunt. cf. Huschke, Keller h. l. c.* 2. Quid est facilius, quam de eo qui confitetur iudicare. *c.* 24. Haec quae mei testes dicunt, fatetur adversarius eos vere dicere; quae mei testes non dicunt, quia nec viderunt nec sciunt, ea dicit ipse adversarius. Für die Kaiserzeit *L. 1. C. l. de errore adv.* (2, 10). *Alex.* oben § 89 Note 7. Im Judicium publicum erhielt die Parthei zum Schluß das Wort, *Quintil.* VI. 4. § 7., und daß sie im privatum Judicium dasselbe Recht hatte, ist wohl nicht zu bezweifeln. In der Sache des Cäcina scheint Aebutius beim Zeugenverhör persönlich die Gewaltthat gestanden zu haben. *Cic. pro Caec.* 1. 9.

49) *L. 3. C. l. de error. adv.* (2, 10). *Diocl. et Max.* — Nec enim quae constituta sunt, ut advocatorum error litigatoribus non noceat, tibi etiam opitulari possunt: 'cum te praesente neque causae palam ex continenti [id est triduo proximo] contradixisse — proponas. Die eingeklammerten Worte halte ich für späteres Recht.

50) *Paul.* V. 5a. § 3. Confiteri quis in iudicio non tantum sua voce, sed et litteris et quocumque modo potest.

51) *L. 5. C. l. de transact.* (2, 4). *Alex.* — Si de fide contractus confessione tua constet, scriptura, quae probationem rei gestae continere solet, necessaria non est.

52) *L. 47. pr. D. de iud.* (5, 1). *Iulian.* De qua re cognoverit iudex, pronuntiare quoque cogendus erit. *cf. L. 1. L. 55. D. de re iud.* (42, 1).

selbe durch andre Beweise schließlich eine dem Geständniß entgegengesetzte Ueberzeugung gewinnt; so daß dieses also auch hier nicht unwiderruflich ist oder förmliche Wahrheit macht [53]).

Daß aber auch das außergerichtliche Geständniß, d. h. eine Erklärung, die dem Erklärenden zum rechtlichen Nachtheil gereicht, wenn sie anders feststeht und unter Umständen abgegeben worden, welche das Bewußtsein seiner rechtlichen Folgen vermuthen lassen, die volle Ueberzeugung des Geschwornen begründen könne, wird in unsern Rechtsquellen vielfach anerkannt; insbesondre bei Schuldbekenntnissen. Auch gilt dieß nicht bloß, wenn das Geständniß eine reine, sinnlich wahrnehmbare Thatsache aussagt, sondern auch wenn ein Rechtsverhältniß dadurch anerkannt wird, weil dadurch mittelbar die demselben zum Grund liegenden Thatsachen zugestanden werden [54]). Nur ist in diesem Fall der Gegenbeweis, insbesondre der Beweis des Irrthums, leichter zu führen [55]). So bestimmt die römischen Juristen das Bekenntniß der Schuld und die Begründung derselben unterscheiden [56]), so ist doch nicht zu verkennen, daß auch jenes ein obligatorisches Element, nehmlich die Verpflichtung die Schuld auch ohne andern Beweis anzuerkennen, enthält, welche den Bekennenden, seine Erben und den Vollmachtgeber, nicht aber Dritte trifft, und den Gegenbeweis nicht ausschließt [57]).

Je seltner aus nahe liegenden Gründen gerichtliche oder

53) Vgl. oben § 105 Note 16. Ferner aus späterer Zeit *L. 2. C. I. de errore adv.* (2, 10). *L. 7. C. I. de iuris et facti ign.* (1, 18).

54) *L. 24. D. de const. pec.* (13, 5). *L. 47. § 1. D. de pactis* (2, 14). *L. 20. D. de instit. act.* (14, 3). Vgl. Bruns in Zeitschr. für Rechtsg. I. S. 76. 124.

55) Vgl. Savigny, System VII. S. 45.

56) *L. 26. § 2. D. depositi* (13, 2). *L. 26. D. de donat.* (39, 5). *L. 31. D. de probat.* (22, 3). In Facto kann es zweifelhaft sein, ob das Eine oder Andre gemeint sei. *L. 40. pr. D. de pactis* (2, 14). *L. 31. D. de pec. const.* (13, 5). *L. 20. § 1. D. de donat.* (39, 5).

57) Diese Ansicht, die ich in meinen Versuchen S. 316 folg. als möglich aufstellte, unbedingt aber nur für den Erben annahm, führt überzeugend aus Bruns cit. S. 126. Wesentlich ebenso Wetzell, Civilpr. § 22.

außergerichtliche Geständnisse sind [58]), um so mehr bemühen die Redner sich solche aus andern Handlungen oder Erklärungen des Gegners zu folgern [59]), was indeß schon zu dem künstlichen Beweise gehört und wegen der Unsicherheit der Schlußfolgerung selten zum Ziele führt [60]).

2) Zeugen (testes) [61]), in guter alter Zeit, wo noch das Wort des freien Mannes galt, fast das einzige Beweismittel, werden zwar noch immer in allen Civilsachen zugelassen [62]), aber Urkunden treten ihnen jetzt mit gleicher Glaubwürdigkeit an die Seite und werden in der Kaiserzeit immer häufiger und wichtiger [63]). Es ist aber nicht wie im Criminalprozeß Sache des Richters, sondern der Partheien, die Zeugen zu beschaffen, und Niemand ist verpflichtet Zeugniß abzulegen, außer 1) nach Vorschrift der Zwölf Tafeln die Mancipationszeugen [64]) und 2) diejenigen, die in einer causa publica

58) *Cic. pro Rosc. com.* 14. Petitorem? — contra se nunquam testimonium dicet.

59) Solche zum Theil sehr schwache Versuche macht *Cic. pro Quint.* 11. 24. *pro Rosc. com.* 3. 8. 13. *cf. de invent.* I. 32. Taciturnitas imitatur confessionem.

60) *L. 142. D. de reg. iuris* (50, 17). *Paul.* Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare. *L. 9. D. de except.* (44, 1). *Marcell.* Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius [*l.* adversarii is], quocum agitur, quia exceptione utitur.

61) *Quintil.* V. 7. *Paul.* V. 15. *Dig.* 22, 5. *Cod. Iust.* 4, 21. *de testibus.* Zimmern cit. § 133. *Alfr. Escher, Diss. de testium ratione, quae Romae Ciceronis aetate obtinuit. Tur.* 1842. Eine fleißige Inauguralschrift, die mehr giebt als ihr Titel besagt. Vgl. die scharfe, aber belehrende Recension von Th. Mommsen, Zeitschr. für Alterth.-Wiss. 1844. Nr. 58.

62) Vgl. oben § 51 Note 13. *L. 1. § 1. D. h. t.*

63) Urkunden werden jetzt den Zeugen vorangestellt *Gell.* XIV. 2, 7. 21. *Paul.* V. 5ª. § 3. *cit.* Note 49. convinci autem non nisi scriptura aut testibus potest; *Dig.* 22, 4. *de fide instrumentorum*; die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts aber nicht davon abhängig gemacht *L. 4. L. 5. eod.*; nur ausnahmsweise Zeugenbeweis für nicht ausreichend erklärt *L. 2. C. I. h. t. L. 29. pr. D. de prob.* (22, 3). Oeffentliche Urkunden gehen den Zeugen vor. *L. 10. D. eod.* Einen allgemeinen Vorzug der Urkunden vor dem Zeugenbeweis, den Puchta cit. S. 199 annimmt, finde ich in dem Recht dieser Zeit nicht begründet. Vgl. unten Note 82.

64) *Gell.* XVI. 3, 11. VII. 7, 2. 3. *L. 26. D. qui test.* (28, 1). *L. 3. § 9. D. de tab. exhib.* (43, 5). *LL. 4—7. D. quemadm. test.* (29, 3).

zum Zeugniß aufgefordert werden (testibus denuntiatur)[65]); alle Andern erscheinen vor Gericht als Freunde und freiwillige Gehülfen der Parthei[66]). Die Zahl der Zeugen ist willkührlich; nur in recuperatorischen Gerichten ist sie durch Gesetz oder Edict auf zehn beschränkt[67]), und kaiserliche Constitutionen gaben auch sonst dem Richter das Recht, durch Beschränkung der Zeugenproductionen auf Beschleunigung der Sache hinzuwirken[68]). Fähig zum Zeugniß sind nur Freie[69]); die **Tortur** der Sklaven wird, außer in Criminalfällen, nur in Erbschafts- und Vormundschaftssachen zugelassen[70]).

Regelmäßig müssen die Zeugen, um vollen Beweis zu machen, persönlich vor Gericht erscheinen, werden vor dem Verhör vereidet (iurati testimonium dicunt)[71]), und sagen über das

65) *Lex Mamilia c.* 5. is, qui hac lege iudicium dederit, testibus publice dumtaxat X denuntiandi potestatem facito, ita ut e re publica fideque sua videbitur. *Edict. Aug. Venafr. Or.-Henzen Inscr.* 6428. Eum qui inter civis et peregrinos ius dicet, iudicium recuperatorium in singulas res HS. X. reddere, testibusque dumtaxat X denuntiandis [*l.* denuntiandi p. = potestatem] facere placet. *Val. Prob.* § .4, 8. iudicium recuperatorium dabo, testibusque publice dumtaxat decem denuntiandi potestatem faciam. Vgl. Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. IX. 12 S. 406 folg. und Puchta cit. Note r. Die Denunciation geschah nicht durch den Magistrat, sondern durch den Kläger mit der actio popularis oder durch den actor municipum.

66) *Quintil. cit.* § 9. Et quoniam duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum quibus iudex (*sc. quaestionis*) in iudiciis publicis lege denuntiare solet. In Criminalsachen geschah die Aufforderung durch den Judex Quästionis mit Autorität, daher auch evocatio testium genannt. *Dirksen, Man.* v. evocare.

67) Vgl. Note 65. Die Lex Mamilia freilich ordnet in dem einen Fall die Bestellung von Recuperatoren, in dem andern Einen Judex und will, daß der Magistrat ausnahmsweise auch in diesem nur zehn Zeugen zulasse. Daß aber diese Beschränkung auch in Privatsachen vor Recuperatoren regelmäßig stattfand, macht *Cic. pro Caec.* 9. 10. sehr wahrscheinlich. Anders Rudorff, Rechtsg. II. § 76 Note 15. Auch Mommsen cit. S. 468 bezieht die Beschränkung der Zahl auf den Zwang zum Zeugniß.

68) *L. 1. § 2. D. h. t.*

69) *Tac. Ann.* II. 28. *L. 6. D. h. t. Licin. Ruf.* Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant. Die Ausnahme im Nothfall *L. 7. cod. Modestin.* gehört wohl der späteren Zeit an.

70) *Paul.* V. 15. § 6. 16. § 2. *cf. Quintilian.* V. 7. § 4.

71) *Cic. pro Rosc. com.* 15.

aus, was sie mit ihren Augen gesehen oder mit ihren Ohren gehört haben [72]). Das Verhör findet nach der Hauptverhandlung, für dieselben Zeugen nur Einmal statt [73]) und wird unter Aufsicht des Geschwornen durch Fragen und Gegenfragen der Redner (testium interrogatio) bewirkt [74]), die in ihren zusammenhängenden Reden (peroratio) vorher und nachher darauf Bezug nehmen und dabei die Glaubwürdigkeit der Zeugen discutiren [75]). Außergerichtlich abgelegte und schriftlich verzeichnete, eidliche oder nicht eidliche Aussagen (testimonia per tabulas) werden zwar zugelassen und in der Hauptverhandlung verlesen, aber als weniger glaubwürdig betrachtet [76]).

pro Fonteio 9. *pro Caecina* 10. *Seneca, de ira* II. 29. de parvula summa iudicaturo tibi — testis sine iureiurando non valeret. *Quintil.* V. 7. § 32. IX. 2. § 98. *Iuvenal.* III. 144. *sqq.*

72) Dennoch nur ein arbitrari. *Cic. acad. quaest.* I. 47. maiorum diligentia: qui — voluerunt —: tum qui testimonium diceret, ut arbitrari se diceret, etiam quod ipse vidisset. *pro Fonteio* 9. Ueber testes de auditu s. *Cic. pro Rosc. com.* 15. *Quintil.* V. 7. § 5. Ueber fama oder rumores *Id.* § 3.

73) C. Titius bei *Macrob. cit.* oben § 61 Note 16. iubent (*sc. iudices*) dicere. quorum negotium est, narrant (= *dicunt*). iudex testes poscit, ipsus it minctum: ubi redit, ait se omnia audivisse. Nur vorübergehend schrieb die Lex Pompeja a. 702 vor, daß in Criminalsachen (ob in allen? ob deshalb auch in Civilsachen?) das Zeugenverhör vor der Verhandlung statt finden solle. *Ascon. in Milon.* p. 37. 40. *Orelli. Cic. pro Flacco* 10. *Quintil.* V. 7. § 25. *Escher cit.* § 7. In der Sache des Cäcina a. 685 hatte das Zeugenverhör in einem früheren Termin nach der prima actio statt gefunden; deshalb konnte Cicero's Rede in einem späteren Termin darauf Bezug nehmen. Ebenso *pro Tullio* 1. 24., was *Escher cit. p.* 137 ohne Grund bezweifelt.

74) *Pseudo-Ascon. in Verr.* II. § 84. *Orelli p.* 182. *ad v. ab accusatore interrogatus.* — Loqui enim nisi interrogato testi non licebat. Interrogabatur autem et ab eo, contra quem productus est. *Schol. Bob. p.* 342. *Orelli.* Anleitung zu diesem wichtigen Geschäft der Redner, auch zur Vorbereitung der Zeugen giebt *Quintil.* V. 7. §§ 8—32. Wie frei die Redner mit ihren Kreuzfragen verfuhren, dafür s. *Cic. pro Caec.* 16. oben Note 15. Für die Aufsicht der Geschwornen vgl. *Cic. de orator.* II. 60. Fragen stellen durften sie wahrscheinlich nicht. Mommsen cit. S. 469. Die Aussagen wurden schriftlich verzeichnet und versiegelt. *Ascon. in Milon. p.* 53. *Orelli.*

75) So z. B. *Cic. pro Quintio* 18. 23. 28. *pro Caec.* 9. 10. *Quintil. cit.* §§ 3. 4.

76) *Quintil. cit.* §§ 1. 2. *L.* 3. *§§ 3. 4. D. h. t.* Nach *Dial. de orator.* 36. scheint es in der

3) **Urkunden** (scripta, tabulae, instrumenta)[77]), sowohl öffentliche, d. h. von öffentlichen Gewalten über öffentliche Acte verfaßt, als Gesetze, Staatsverträge, Edicte, Gerichtsbücher u. s. w., als private, über Verträge, Testamente u. a., pflegten ihrem Inhalt nach schon in der Debatte in Bezug genommen und verlesen zu werden[78]); Privaturkunden aber, deren Aechtheit einer Prüfung bedurfte, wurden erst nachher bei der Beweisaufnahme dem Gegner und dem Geschwornen vorgelegt[79]).

Schon unter der Republik war, um den Beweis eines Rechtsgeschäfts oder einer andern Thatsache zu sichern, die Verbindung von Schrift und Zeugniß in der Art gebräuchlich, daß man eine Urkunde darüber aufnahm und dieselbe von den dabei gegenwärtigen Personen versiegeln ließ (tabulae signatae, testatio), welche dann als Zeugen durch Recognition ihrer Siegel die Unverfälschtheit der Urkunde und zugleich die Thatsache selbst bekundeten[80]). Ein Senatusconsult unter Nero bestimmte diese Form noch näher[81]). Gegenbeweis durch andre Zeugen war indeß dadurch nicht ausgeschlossen[82]).

Kaiserzeit häufiger geworden zu sein. Allein *Cic. pro Q. Rosc.* 14—16. *pro Flacco* 20. sind schon Beispiele davon. Vgl. Mommsen cit. S. 459 und unten Note 80.

77) *Cic. de part. or.* 37. *Quintil.* V. 5. *Gell.* XIV. 2. § 7. *Dig.* 22, 4. *Cod. Iust.* 4, 21. *de fide instrumentorum.* Zimmern cit. § 134.

78) Verlesung von Stellen des prätorischen Edicts *Cic. pro Quintio* 19. 27., einer Stipulation *pro Rosc. com.* 13.

79) Tabulae falsae *Cic. pro Caec.* 25. Ueber inspectio s. C. Titius bei *Macrob. cit.* § 61. Note 16. tabulas poscit (*sc. iudex*), litteras inspicit. *Quintil. cit.* § 2. XII. 8, 13.

80) So das Testament, aus welchem, wenn nur diese Form beobachtet war, der Prätor die Bonorum Possessio gab. *Cic. Verr.* I. 45. *Gai.* II. § 119. Beglaubigung der Abschrift einer andern Urkunde *Cic. Verr.* II. 77.; der Nichtsistirung im Termin und der Defensio *Cic. pro Quintio* 6. 21. Vgl. Mommsen cit. S. 457 folg.

81) *Paul.* V. 25. § 6. *Sueton. Nero* 17. *Gell. cit.* tabularum obsignatione. Ueber erhaltene Urkunden dieser Art s. Rudorff cit. Note 25.

82) *Quintil.* V. 5. § 2. c. 7. § 32. Saepe inter se collidi solent, inde testatio, hinc testes: locus utrinque: haec enim se pars iureiurando, illa consensu signantium tuetur. Text und Sinn von *Paul.* V. 15. § 4. ist ungewiß.

Hausbücher (tabulae, codex accepti et expensi), wenn sie ordentlich geführt waren und keine Zeichen der Fälschung an sich trugen, hatten, wie heutzutage die Handlungsbücher der Kaufleute, eine höhere Beweiskraft, als andre Privatscripturen zu Gunsten des Verfassers[83]). Vollständigen Beweis machten sie aber doch wohl nur, wenn das Expensum der Einen Parthei durch das Acceptum der andern bestätigt oder durch andre Beweise unterstützt war[84]). Die Bücher der Argentarien aber, als unpartheiischer Dritter, die ein öffentliches Geschäft treiben und zur Edition verpflichtet sind, hatten für und gegen Dritte Beweiskraft[85]).

Auch andre schriftliche Aufzeichnungen (libelli), Handschriften (chirographa) u. s. w. werden als Beweise zugelassen; doch nicht leicht für den Aussteller[86]).

4) Durch den Augenschein (inspectio) überzeugten sich die Geschwornen ohne Zweifel auch in andren Fällen, wo das fragliche Object ihnen vorgelegt werden konnte[87]). An Ort und Stelle verfügte sich der Feldmesser als arbiter finium regundorum; wurde er nur als Kunstverständiger von den Partheien oder vom Richter zugezogen, so gab er wie ein Zeuge im Gericht sein Urtheil ab[88]).

5) Der Eid (iusiurandum) konnte auch als Beweis-

83) *Cic. Verr.* II. 76. *sq. pro Flacco* 20. *Gell. cit.* expensi latione.

84) *Cic. pro Rosc. com.* 2. 3.

85) Ueber ihre Editionspflicht s. oben § 86 Note 10. Für ihre Stellung *L. 10. § 1. D. de edendo* (2, 13). *Gai.* officium eorum atque ministerium publicam habet causam. Für die Beweiskraft ihrer Bücher *Gell. cit.* mensae rationibus.

86) Ein libellus über eine Grenzregulirung *Orelli-Henzen* 6432, eine Handschrift (chirographum) *Gell. cit.* Das Tagebuch (ephemeris) des Quintius soll seinen Zeugenbeweis unterstützen. *Cic. pro Quint.* 18. Den allgemeinen Grundsatz enthalten *L. 5. L. 6. L. 7. C. I. de prob.* (4, 19).

87) Vgl. *L. 2. D. de feriis* (2, 12). *Ulp.* ut aspectu (*sc. Praetoris*) atrox iniuria aestimetur. Auch sonst wird die Einnehmung des Augenscheins mehr vom Magistrat als vom Judex erwähnt. Wetzell, Civilpr. § 44 Note 2.

88) Schriften der Feldmesser I. *p.* 34, 20. *sqq. p.* 43, 22. II. S. 422. *L. 8. § 1. D. fin. reg.* (10, 1). *L. 3. C. I. eod.* (3, 39). *L. 3. § 4. D. si mensor* (11, 6). a iudice adhibitus. *cf. Orelli-Henzen* 3121. 3671. 6432.

mittel im Judicium gebraucht und zwar schon im Lauf der Debatte zugeschoben und angenommen werden. Die Ableistung aber erfolgte nach deren Schluß und zwar so, daß die Geschwornen über seine Zulässigkeit entschieden und schon zum voraus ihr Urtheil davon abhängig machten [89]). Denn als Beweismittel machte der Eid nicht wie in Jure das Urtheil überflüssig, sondern begründete dasselbe.

6) Die Präjudicia endlich sind ein den Geschwornengerichten ganz eigenthümliches Beweismittel [90]). Dieß sind frühere Urtheile anderer Geschwornen in derselben oder einer ähnlichen Sache, welche nicht vermöge ihrer Rechtskraft (res iudicata) den jetzt erkennenden Richter unbedingt binden und deshalb den Beweis überflüssig machen, sondern nur durch ihre innere Wahrheit oder das Ansehn ihrer Urheber auf dessen Ueberzeugung zu wirken geeignet sind. Sie erlangten dadurch eine höhere Bedeutung, daß die Geschwornen, um die Einheit der Rechtspflege zu erhalten und nicht mittelbar das eigne Ansehn zu schmälern, nach alter Gewohnheit sich nicht leicht mit ihren Amtsgenossen in Widerspruch setzten.

7. Die letzte Stelle nahm die Schlußverhandlung (altercatio) ein, welche aus kurzen Wechselreden, Fragen und Antworten der Sachwalter bestand und zur Ergänzung des Frühern diente [91]).

8. Die gesammte Verhandlung leitete der Judex durch mündliche Verfügungen (interlocutiones). Inwiefern er durch solche auch vorläufig über einzelne Punkte der Sache selbst sich aussprechen, unaufgefordert durch Fragen sich über dieselbe eine Ueberzeugung verschaffen und, was er sonst von ihr weiß, berücksichtigen dürfe, endlich ob er durch Vergleichs-

89) *Quintil.* V. 6 und oben § 107, insbesondre Note 75 der Fall des Albutius Silus. *L. 11. C. I. de sent. et int.* (7, 45).

90) *Quintil.* V. 2. XI. 1, 78. Vgl. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten § 26.

91) *Quintil.* VI. 4. *Plin. Ep.* III. 9. toties agendum, toties altercandum, tam multi testes interrogandi, sublevandi, refutandi. *Id.* I. 5. ein Beispiel. Nicht technisch gebraucht den Ausdruck *Cic. Brut.* 44.

versuche nicht seine Amtsbefugniß überschreite, waren Fragen, mit denen die römische Jurisprudenz in der Lehre vom Officium Judicis, wie die heutige, sich beschäftigte [92]).

9. Außer diesem regelmäßigen Verlauf des Judiciums ist endlich noch der Fall der Desertion desselben von Seiten des Beklagten oder des Klägers (iudicium desertum, eremodicium) [93]) in Betracht zu ziehen [94]).

Nach Vorschrift der Zwölf Tafeln sollte, wenn die eine Parthei ohne gesetzliche Entschuldigung im entscheidenden Termin ausbleibt, die Sache der gegenwärtigen zugesprochen werden, was, wie wir früher bemerkten, nicht als Strafe ihres Ungehorsams anzusehn, sondern auf ihr präsumtives Eingeständniß zurückzuführen ist [95]).

Dieser Grundsatz hat durch den Formularprozeß eine bestimmte Entwicklung und zugleich eine Milderung erfahren.

Wenn der Beklagte ohne Entschuldigung ausbleibt, so soll der Judex denselben zwar nicht ohne Weiteres und allemal verurtheilen; denn die Formula weist ihn dazu durch ihr SI PARET nur dann an, wenn der Kläger den Grund seiner Klage bewiesen hat. Dieser wird also nun in Abwesenheit des Beklagten zur einseitigen Ausführung seiner Sache und zum Beweise zugelassen, und wenn er ihm gelingt, was bei dem Wegfall des Gegenbeweises leichter ist, so wird der Beklagte verurtheilt. Aber auch der entgegengesetzte Erfolg ist möglich, und dann wird dieser absolvirt [96]).

92) *Gell.* XIV. 2, 12—20. Einen Vergleich vermittelte C. Piso als arbiter pro socio zwischen Roscius und Fannius. *Cic. pro Roscio com.* 4. 9. 13.

93) Lis in iudicium deducta et a reo deserta *L. 31. § 2. D. de neg. gestis* (3, 5). Eremodicium *L. 7. § 12. D. de min.* (4, 4). *L. 13. pr. D. iud. solvi* (46, 7). *cf. L. 13. §§ 3. 4. C. I. de iudic.* (3, 1). *Nov.* 69. *c.* 3.

94) *Cod. Iust.* 7, 43. *quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat praesentibus partibus vel una parte absente.* Zimmern cit. § 136. Mein Handbuch I. § 26. Puchta cit. S. 205 folg. Keller cit. § 69. Rudorff cit. §§ 96. 97. Hartmann, Contumacialverfahren S. 124 folg.

95) S. oben § 51 Bd. 1 S. 186 folg.

96) *L. 1. C. I. h. t. Imp. M. Aelius Antoninus.* Non sem-

Erscheint dagegen der Kläger vor dem Geschwornen nicht, so kann der gegenwärtige Beklagte ohne Weiteres auf seine Absolution antragen und der Geschworne muß sie aussprechen, weil die negative Bedingung der Condemnatio SI NON PARET sich erfüllt, der Kläger den Grund seiner Klage nicht erwiesen hat [97]).

Weil aber in beiden Fällen keine vollständige Untersuchung statt gefunden hat und das Urtheil durch Schuld des Abwesenden zu seinem Nachtheil ausgefallen ist, so soll dieses nur gegen ihn, nicht gegen Dritte, die sonst daran gebunden wären, gelten [98]).

Immer wird vorausgesetzt, daß der andre Theil gegenwärtig ist und die Sache fortsetzen will; denn ohne Anregung wird der Geschworne nicht thätig. Versäumen also beide Theile den angesetzten Termin, so bleibt die Sache liegen und erlischt durch Zeitablauf [99]). Ferner, daß der Termin zu rechter Zeit

per compelleris, ut adversus absentem pronunties, propter subscriptionem patris mei, qua significavit, etiam contra absentes sententiam dari solere. Id enim eo pertinet, ut etiam absentem damnare possis, non ut omnimodo necesse habeas. *L. 52. § 18. D. pro socio* (17, 2). *Ulp.* Cui congruit, quod Servium respondisse Aufidius refert, si socii bonorum fuerint, deinde unus, cum ad iudicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi: si vero praesens iniuriam iudicis passus sit, de communi sarciendum. *cf. L. 13. § 3. C. I. de iud.* (3, 1). *Iustinian.* — etiam absente eo (*sc. reo*) eremodicium contrahatur, et iudex (secundum quod veteribus legibus placuit) ex una parte cum omni subtilitate causam requirat, et si obnoxius fuerit inventus, etiam contra absentem promere condemnationem non cesset.

97) *L. 6. § 3. D. de confessis* (42, 2). *Ulp.* — nec soleat quis absenti condemnari. *L. 3. § 1. D. quae in fr. cred.* (42, 8). *Ulp.* — si forte data opera ad iudicium non adfuit, vel litem mori patiatur. *L. 28. pr. D. de appell.* (49, 1). *Scaev.* Creditor cum fideiussoribus egerat: sed post iudicium acceptum ad agendam causam ipse non adfuit, et cum absoluti essent fideiussores *rel.* Vgl. § 109 Note 11. Nicht gehört hierher *Cic. pro Rosc. com.* 9., wo der Arbiter pro socio einen Vergleich vermittelte und deshalb absolvirte.

98) *L. 50. § 1. D. de leg.* 1. (30). *L. 14. § 1. D. de appell.* (49, 1). *L. 17. § 1. D. de inoff. test.* (5, 2).

99) S. *L. 3. § 1. cit.* Note 97. vel litem mori patiatur. Vgl. oben § 103 Note 34.

und am rechten Ort statt fand; denn sonst ist das gegen den Abwesenden gesprochene Urtheil null [100]).

Abgewandt wird jener Erfolg, wenn der Abwesende sein Ausbleiben in dem Termin durch einen Freund rechtfertigt und Vertagung erlangt [101]), oder wenn ein Defensor des abwesenden Beklagten das Judicium übernimmt [102]), wozu namentlich dessen Bürgen in der satisdatio iudicatum solvi veranlaßt sind, weil der Kläger sie ob rem non defensam in Anspruch nehmen kann [103]). Auch nachträglich kann gegen das Urtheil im Fall entschuldbarer Abwesenheit die Restitution des Judiciums und damit die Möglichkeit sein Recht auszuführen, wiedererlangt werden [104]).

Alles dieß steht durch quellenmäßigen Beweis fest. Dagegen ist es sehr bestritten und in der That zweifelhaft, ob das Urtheil gegen den Abwesenden schon in dem ersten Termin oder erst nach mehrmaligem Ausbleiben ergeht. In Cicero's Zeit scheint der Beklagte schon im ersten Termin, wenn er bis zum Abend nicht erschien, verurtheilt worden zu sein [105]), und dasselbe muß auch wohl für den Kläger gegolten haben. In der späteren Kaiserzeit ist mehrfach davon die Rede, daß erst

100) *L. 4. L. 5. C. I. h. t.*

101) *Plin. Ep.* I. 18. rogas, ut dilationem petam et pauculos dies, certe proximum, excusem. — Ego aliquam stropham inveniam, agamque causam tuam, ut ipsam, cum tu voles, agere possis. *L. 31. § 2. D. de neg. gest.* (3, 5). *Pap.* Litem in iudicium deductam et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiae eius allegans iudici. *L. 55. pr. D. de evict.* (21, 2). In diesen Fällen hatte der Freund die Vertagung nicht erlangt und in der Sache selbst für den Abwesenden plädirt. Ueber triftige Enschuldigungsgründe s. *L. 60. D. de re iud.* (42, 1).

102) *L. 31. § 2, cit. L. 3. § 10. L. 4. L. 5. pr. D. iud. solvi* (46, 7).

103) *L. 13. pr. L. 21. D. iud. solvi* (46, 7).

104) *L. 7. § 12. L. 8. D. de min.* (4, 4). *L. 1. C. I. quib. ex caus. mai.* (2, 53).

105) *Cic. Verr.* II, 17. iudices citari iubet. ubi comperit, Heraclium non adesse, cogere incipit eos, ut absentem Heraclium condemnarent. Illi eum commonefaciunt, ut, si ei videatur, utatur instituto suo (*sc. in edicto*), nec cogat ante horam decimam de absente secundum praesentem iudicare. impetrant.

nach einer dreimaligen Aufforderung in verschiedenen Formen (trinis litteris vel edictis, aut uno pro omnibus dato, aut trina denuntiatione conventus) der Abwesende für contumax gelten und das Urtheil gegen ihn gesprochen werden könne [106]). Daß die beiden ersten Formen sich auf die cognitio Praetoris beziehen, wird später (§ 122) nachgewiesen werden. Die dritte aber, die Denunciation, welche von jenen unterschieden und nur für gleich wirksam erklärt wird [107]) und in vielen andern Anwendungen die Privatanzeige einer Parthei an die andre bezeichnet [108]), scheint der Natur des Judiciums zu entsprechen, weil der Geschworne weder schriftliche noch Edictalladungen ergehen lassen, sondern nur nach Frustrirung eines Termins einen zweiten oder dritten ansetzen kann, von dem die erschienene Parthei dem abwesenden Gegner Anzeige macht [109]). Allein da die Denuntiation auch in extraordinären Sachen und in Verbindung mit edictum und litterae vorkommt [110]), überdieß alle darauf bezüglichen Zeugnisse der dunklen Uebergangszeit von dem ordo iudiciorum privatorum zu dem extraordinären Prozeß angehören, so wage ich nicht eine bestimmte Meinung zu äußern [111]).

---

106) *Paul.* V. 5ª. § 7. Trinis litteris vel edictis, aut uno pro omnibus dato, aut trina denuntiatione conventus nisi ad iudicem, ad quem tibi denuntiatum est, aut cuius litteris vel edicto conventus est, venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum iudicatarum obtinet.

107) *Paul. cit.* aut — aut — aut. *L. 2. C. l. h. t. Gordian.* Cessante quoque causa peremptorii edicti, adversus eos, qui admoniti iudicio adesse noluerunt. *L. 9. eod. Diocl. et Max.* Tres denuntiationes ad peremptorii edicti vicem *rel.*

108) Z. B. *Gai.* IV. §§ 15. 18. *Cic. pro Quint.* 17. *pro Caecina* 7. u. s. w.

109) Dieß ist die Annahme meines Handbuchs S. 286 Note 34 und Puchta's cit. Note hh. Dagegen Hartmann cit. S. 141.

110) *L. 26. §§ 7. 9. D. de fid. lib.* (40, 5). *L. 5. pr. D. de poenis* (48, 19). *L. 23. § 2. D. de appell.* (49, 1). *Fr. Vat.* § 167. ut denuntietur ex auctoritate, cum denuntiaveris et non venerit *rel.* unterscheidet sehr bestimmt die beiden Arten der denuntiatio. Vgl. Wieding, Libellprozeß §§ 19. 20.

111) Vgl. Keller cit. S. 291 folg.

2. Entscheidung (sententia iudicis).

a. Materielle Grundsätze.

§ 109. Hat die öffentliche Verhandlung vor dem Geschwornen in der einen oder andern Weise ihren Abschluß erreicht und hat dieser dadurch hinreichende Kenntniß von der Sache erlangt (causa cognita), so tritt er mit seinen Beisitzern oder seinen Mitgeschwornen in geheime Berathung (in consilium ire) wegen Fällung des Urtheils [1]). Wir vergegenwärtigen uns die Grundsätze, welche dabei zur Discussion und Anwendung kamen.

Rücksichtlich des **Rechtspunktes** stand auch für den Geschwornen das Rechtsverhältniß, auf das es ankommt, und der Kreis darauf bezüglicher Rechtssätze durch die Formula fest. Ueber die Rechtssätze selbst und deren Anwendung auf die gegebenen Thatsachen aber gelangte er eben durch diese Besprechung mit seinen rechtsgelehrten Beisitzern zur Gewißheit. In der Kaiserzeit war er auch an die ihm beigebrachten schriftlichen Gutachten autorisirter Rechtsgelehrten oder sonst an die communis opinio derselben gebunden [2]). Sprach er gegen das Gesetz oder was dem Gesetze gleich gilt, und dieß war aus dem Urtheil zu erkennen, so war dieses **nichtig**, weil er nicht über, sondern unter dem Gesetze steht und auf dieses verpflichtet ist [3]).

In Beurtheilung der **Thatsachen** und der dafür beigebrachten Beweise aber war er im Allgemeinen auf seine ge-

1) *Macrob. Sat.* II. 12. *Cic. pro Quintio* 10. *cf. pro Cluentio* 20. 27. 30. *Gell.* XII. 13, 2. XIV. 2, 9. Für die Centumvirn s. *Seneca controvers.* III. 15. Centumviri rebus iam ultimis se parabant.

2) S. oben § 68 Note 15—17.

3) *L. 19. D. de appell.* (49, 1). *Modestin.* — expressim sententia contra iuris rigorem data. *L. 1. § 2. D. quae sent. sine app.* (49, 8). *L. 2. C. I. quando provocare non est necesse* (7, 64). Implicite nicht. *L. 27. D. de re iud.* (42, 1). Auch nicht wegen falscher Subsumtion der Thatsache. *L. 32. eod.*

wissenhafte Ueberzeugung angewiesen, also durch gesetzliche Beweisregeln, z. B. daß die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen vollen Beweis begründe, nicht gebunden [4]). Wie frei ursprünglich die Geschwornen hierbei verfuhren, so daß nach der vom ältern Cato überlieferten Regel in Ermanglung aller Beweise die Moralität der Partheien entscheiden, und nur, wenn beide gleich glaubwürdig oder unglaubwürdig sind, für den Beklagten gesprochen werden solle, haben wir früher gesehen [5]); und damit hing es zusammen, daß die Redner in Cicero's Zeit nicht unterließen, den eignen Clienten herauszustreichen und den Gegner im schlechtesten Lichte darzustellen [6]), auch später noch in jeder Weise auf das Gefühl des Geschwornen zu wirken suchten [7]). Ausgeglichen wurden diese subjectiven Motive nur durch die Wahl des Geschwornen als eines unpartheiischen Vertrauensmannes beider Theile.

Indessen hatte die fortgeschrittene Jurisprudenz aus der Natur der Rechtsverhältnisse und der darauf angewandten Logik Grundsätze aufgestellt, die dem Urtheil des Geschwornen einen mehr objectiven Charakter von Wahrheit und Gerechtigkeit verliehen, und die umsomehr eine nähere Betrachtung verdienen, als sie auch für den heutigen Richter noch maßgebend sind [8]). Es sind dieß die Regeln über die **Beweislast** (onus, necessitas probandi), wodurch bestimmt wird, wem von beiden Theilen der Beweis obliege, wenn er den Prozeß

4) **Cicero** sagt *de re publ.* I. 38. Apud bonum iudicem argumenta plus, quam testes valent. Und noch **Hadrian** verweist jeden Richter, also den Geschwornen wie den Magistrat, darauf. *L. 3. §§ 1. 2. 4. D. de test.* (22, 5). — quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo definiri potest. Den Anfang willkührlicher Vorschriften der Kaiser s. z. B. in *L. 24. § 1. D. de man.* (40, 1).

5) S. § 108 Note 15.

6) Vgl. **Cicero's** eigene Reden im Anhang.

7) Vgl. *Quintil.* IV. 1. V. *pr.* VI. 1. §§ 7. *sqq.*

8) *Dig.* 22, 3. *de probationibus et praesumptionibus. Cod. Iust.* 4, 19. *de probationibus.* Vgl. meine Versuche V., deren Resultate ich auch hier nicht überall festhalten kann. **Zimmern** cit. § 132. **Puchta** cit. § 174 S. 203 folg. **Savigny**, System V. § 225. **Wetzell**, Civilprozeß §§ 15. 20.

gewinnen will. Sie beziehen sich theils auf die von den Partheien geltend gemachten Rechte, theils auf die diese Rechte bedingenden Thatsachen.

I) Die Beweislast rücksichtlich der von der Parthei geltend gemachten **Rechte** führen die classischen Juristen auf den natürlichen Grundsatz zurück, daß wer eine Behauptung aufstellt und deren Anerkennung von Seiten eines Andern bewirken will, diesen durch Gründe überzeugen muß; während letzterer in der bloßen Bestreitung jener Behauptung schon seinen Zweck erreicht [9]). In dem Rechtsstreit vor Gericht ist jenes die Lage des Klägers, der nach uralter römischer Anschauung nicht sowohl den Beklagten eines Unrechts beschuldigt, als vielmehr selbst ein Recht zu haben behauptet, zu dessen thatsächlicher Anerkennung durch Vermittlung des Richters er den Beklagten nöthigen will. Er also ist es, der den Richter von diesem seinem Recht, dem Klagrecht (actio) überzeugen, d. h. es beweisen muß, um jenes positive Resultat zu erlangen; der Beklagte dagegen verhält sich rein abwehrend, dieß Recht bestreitend, hat also zunächst nichts zu beweisen. Den bestimmten Ausdruck dieses Verhältnisses enthält die Formula durch ihr SI PARET REM EIUS ESSE, oder EI DARE OPORTERE, CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE, und kann insofern unserm Beweisinterlocut verglichen werden.

Die nächste praktische Folge ist, wie wir gesehen, daß der Kläger im Judicium den ersten, angreifenden Vortrag übernehmen muß, während der Beklagte in der günstigeren Lage ist, diesen Angriff nur abzuwehren [10]). Allein da jede Parthei oder ihr Sachwalter regelmäßig nur einmal redet, so faßt er darin Alles zusammen, was für seine Sache spricht, eigne Behauptungen und Bestreitung der gegnerischen; daher hier die Be-

9) *L. 2. D. h. t. Paul.* Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. *L. 23. C. l. eod. L. 10. C. l. de non num. pec.* (4, 30). So auch *Cic. de part. orat.* 30. Nemo — eius, quod negat factum, rationem aut potest, aut debet, aut solet reddere.

10) S. § 108 Note 30—32.

deutung jenes Grundsatzes noch nicht mit völliger Bestimmtheit hervortritt.

Erst wenn es zur Entscheidung kommt, muß der Geschworne die einzelnen thatsächlichen Elemente des Rechtsstreits in Gedanken sondern und darauf jene Regel, welche die Formula ausdrückt, anwenden. Dem Kläger liegt der Beweis seines Rechts ob, heißt dann so viel als: nur wenn er diesen Beweis geführt hat, kann ihm dieß Recht zugesprochen und der Beklagte verurtheilt werden [11]; hat er diesen Beweis nicht geführt, so ist der Beklagte zu absolviren, sollte er auch seinerseits nichts bewiesen haben [12]. Darin besteht das onus petitoris und commodum possessoris [13], und petitoris partibus fungi heißt, den Beweis des streitigen Rechts übernehmen [14]. Ist freilich der Beklagte zugleich Kläger, d. h. erhebt er eine Widerklage, durch welche er die Anerkennung eines selbständigen Rechts in seiner Person und die Condemnation des Klägers bewirken will, so liegt nach demselben Grundsatz über diese ihm der Beweis ob [15]. Ja, wenn er auch nur zum Behuf seiner Absolution eine wahre Exceptio vorschützt, so muß er, um dieß Ziel zu erreichen, den Beweis derselben führen, weil sie, so gut wie die Actio, ein Recht ist, von dessen Existenz er den Richter überzeugen muß, wenn dieser es anerkennen und

11) *L. 21. D. h. l. Marcian.* — semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit. *§ 4. I. de legatis* (2, 20). *L. 9. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp.* — ubi probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere. *Gai.* IV. § 93. *L. 20. C. I. h. t. Consultatio* VI. §§ 5. 6. *L. un. C. I. de prohib. seq.* (4, 4).

12) *L. 4. C. I. de edendo* (2, 1). *Antonin.* Actore — non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit. *L. 2. L. 8. C. I. h. t. L. 28. C. I. de rei vind.* (2, 32). *Diocl. et Max.* Res alienas possidens, licet iustam tenendi causam nullam habeat, non nisi intentionem suam implenti restituere cogitur. *L. 5. pr. D. si ususfr.* (7, 6). *Ulp.* vincet — iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant. *§ 4. I. de interdictis* (4, 15).

13) *L. 62. D. de iud.* (5, 1).

14) *L. 8. § 3. D. si serv.* (8, 5). *L. 15. pr. D. de op. n. n.* (39, 2). *L. 14. D. h. t. L. 7. § 5. D. de lib. causa* (40, 12). *L. 14. D. de Carb. ed.* (37, 10).

15) *L. 14. D. h. t. L. 39. pr. D. de lib. causa* (40, 12).

ihn demgemäß absolviren soll; und zwar auch dieß nach Anweisung der Formula, z. B. SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT, NE EA PECUNIA PETERETUR u. s. w.[16]): freilich nur eventuell, d. h. für den Fall, daß dem Kläger der Beweis seiner Klage gelingen sollte, weil die Exceptio die an sich begründete Klage auszuschließen bestimmt ist[17]). Dasselbe gilt natürlich auch für die Replicatio des Klägers, die Duplicatio des Beklagten u. s. w.

Uebrigens ist hier daran zu erinnern, was früher auf verschiedenen Punkten bemerkt worden, daß die Fassung der Formula zwar in der Regel, aber nicht immer darüber entscheidet, was zur Begründung der Klage gehört und was Exceptio ist, insofern also auch nicht unbedingt, wie unser Beweisinterlocut, die Beweislast bestimmt. Denn da dieß nicht ihre Hauptaufgabe war, so konnten praktische, in der besondern Natur einzelner Rechtsverhältnisse liegende Gründe eine abweichende Fassung veranlassen.

So lautet die Intentio der actio negatoria: IUS UTENDI FRUENDI, EUNDI, AGENDI, AQUAMVE DUCENDI ILLI NON ESSE; es scheint also, als müsse der Kläger diese seine negative Behauptung beweisen. Wirklich aber legt die römische Jurisprudenz ihm nur den Beweis seines Eigenthums auf, und der Beklagte muß, wenn er die Anerkennung seiner Servitut erlangen will, ebensowohl wie wenn er als Kläger mit der actio confessoria auftritt, diese beweisen (de iure suo docere)[18]). Denn das Eigenthum als absolutes, seinem Begriff nach uneingeschränktes Recht über die Sache begründet an sich das in der Intentio behauptete Verbietungsrecht gegen jeden Dritten (ius prohi-

16) *L. 19. pr. D. h. t. Ulp.* In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere: utputa si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse. *cf. §§ 1—4. L. 25. § 2. L. 18. § 1. eod. L. 1. D. de except.* (44, 1). *L. 4. C. I. de in integr. rest. min.* (2, 22).

17) *L. 19. C. I. h. t. L. 9. C. I. de except.* (8, 36).

18) S. § 92 Note 34. 35.

bendi) [19]); wer eine ausnahmsweise Beschränkung desselben geltend macht, excipirt gleichsam, muß also unter allen Umständen den Beweis derselben führen. Jene Fassung der Formula aber war ein Ueberbleibsel der alten Vindicatio und Contravindicatio, und insofern noch immer sachgemäß, als auch durch die actio negatoria der Streit um das Recht, die Servitut, zur Entscheidung gebracht werden soll [20]).

Daß auch bei persönlichen Klagen, z. B. den Interdicten und andern, Exceptionen in die Intentio oder Condemnatio der Formel gezogen, ja daß bei bonae fidei actiones der Judex durch die Clausel EX FIDE BONA zur Wahrnehmung aller peremptorischen Einreden angewiesen wurde, ohne daß damit der Grundsatz der Beweislast im geringsten modificirt werden sollte, ist früher vorgekommen [21]).

Umgekehrt ist aber auch bemerkt worden, daß der Prätor in einzelnen Fällen, nur um den Kläger im Beweise zu erleichtern, der Intentio eine eigenthümliche Fassung gab, z. B. die Klage gegen Schiffer oder Wirthe auf das Receptum nicht auf Dolus oder Culpa gründete, und dadurch dem Beklagten den Beweis der Einrede des Casus auferlegte [22]). Eine wahre Ausnahme von der allgemeinen Regel aber ist es, daß nach kaiserlichen Rescripten der Schuldner, der aus einer in Erwartung des Darlehns bestellten Stipulation belangt wird und die exceptio doli oder non numeratae pecuniae opponirt, deren Grund, die Nichtzahlung, nicht beweisen, daß vielmehr der Gläubiger den Beweis der wirklichen Auszahlung des Darlehns übernehmen soll [23]). Offenbar wird schon die Berufung auf das bloß formelle Recht der Stipulation als Dolus betrachtet

19) Daselbst Note 6.
20) Daselbst Note 10.
21) S. § 99 Note 63. 64. 65. 67. 68.
22) Daselbst Note 66.
23) Als Beispiel einer wahren exceptio erwähnt sie *Gai.* IV. § 116. Die exceptionelle Beweislast bestimmt *L. 3. C. I. de non num. pec. pec.* (4, 30). *Antonin.* innerhalb der gesetzlichen Zeit von 5 Jahren. *L. 8. eod. Alex. L. 9. L. 10. eod. Diocl. et Max. cf. L. 14. eod. Iust.* 3, 22. *de litterarum obligationibus.*

und nicht zugelassen, mit Rücksicht auf das materielle Recht die Zahlung als Klaggrund behandelt.

Dieß sind im Allgemeinen sehr einfache Grundsätze der classischen Jurisprudenz über die Beweislast rücksichtlich der unter den Partheien streitigen Rechte. Aber auch mit der andern, verwickelteren Frage,

II) welche der Thatsachen, die jene Rechte bedingen, dem einen oder dem andern Theil zu beweisen obliegen, haben die römischen Juristen sich beschäftigt. Sie ließen sich dabei durch folgende Principien angewandter Logik leiten.

Aller Beweis im Civilprozeß bezieht sich, wie wir gesehen, zunächst auf Rechte des einen oder andern Theils, die zwar thatsächliche Existenzen sind, aber nicht sinnlich wahrgenommen, also auch nicht direct durch Zeugen oder Urkunden u. s. w. bewiesen werden können, von denen der Richter nur durch juristische Schlußfolgerungen eine bestimmte Ueberzeugung gewinnt; Schlußfolgerungen, die, weil Thatsachen der Erfahrung betreffend, also auf Induction beruhend, niemals zu vollkommener (mathematischer) Gewißheit führen, die Möglichkeit des Gegentheils nicht ausschließen, sondern nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit begründen. Für hinreichend mußte diese Wahrscheinlichkeit aber gelten, wenn der Geschworne sie nach vernünftiger und gewissenhafter Erwägung, auch unter Zustimmung seines Consiliums, in seinem Urtheil, also im Namen des Staats, als Wahrheit aussprechen konnte. Die einzelnen in den Quellen bezeugten Regeln aber sind hauptsächlich folgende:

1) Auf die Existenz eines Rechtes ist nicht mit Sicherheit zu schließen von den Thatsachen seiner Ausübung, z. B. von Besitz auf Eigenthum [24]), weil diese das Recht nicht bedingen, sondern nur dessen Folge sind, und von demselben auch getrennt vorkommen, wie ja eben der Rechtsstreit selbst beweist.

24) Nicht der Besitz, sondern ein iustus titulus possessionis begründet den guten Glauben des Besitzers und für den Prätor die Präsumtion, daß dieser Eigenthümer sei. S. oben § 96 Note 29.

Auf das Recht kann nur geschlossen werden von den Thatsachen, die es begründet haben, welche die Ursachen seiner Entstehung gewesen sind und woran das Gesetz die Fortdauer des berechtigten Willens so lange knüpft, bis durch eine neue Thatsache ihm die Berechtigung wieder entzogen wird. Denn es wäre widersinnig, das erworbene Recht im nächsten Augenblick oder überhaupt durch Zeitablauf an sich wieder untergehen zu lassen; während allerdings Rechte durch einen gesetzlich bestimmten Zeitablauf und durch Nichtausübung innerhalb desselben (Verjährung) erlöschen können.

Der Berechtigte, z. B. der Kläger, hat also zunächst den Erwerb seines Rechts zu erweisen. Deshalb wird der Erwerbungsgrund (causa remota actionis) bei in ius concipirten Formeln in der Demonstratio [25]) oder, wo diese fehlt, möglicher Weise in der Intentio als zu erweisende Behauptung des Klägers ausgesprochen [26]); bei in factum actiones bildet er selbst den ausschließlichen Inhalt der Intentio [27]). Auch die Exceptionen sind meistens nicht auf das Recht, sondern auf die demselben zum Grunde liegenden und vom Beklagten zu beweisenden Thatsachen gerichtet [28]). Durch diesen Beweis hat aber der Berechtigte auch genug gethan; die Fortdauer, also die Existenz des behaupteten Rechts im gegenwärtigen Augenblick wird präsumirt, wenn nicht der Gegner dessen späteren Untergang beweist; also z. B. wenn der Kläger den Erwerb des Eigenthums an der streitigen Sache bewiesen hat, so wird sie ihm zugesprochen, wenn nicht der Beklagte darthut, daß dasselbe später für jenen verloren, z. B. durch Kauf, Schenkung, Usucapion u. s. w. auf ihn, den Beklagten, übergegangen sei [29]). Dieser Beweis des Beklagten ist freilich wie der Beweis der Exceptio nur eventuell nothwendig, nehmlich wenn dem Kläger

25) S. oben § 87 Note 13—19.

26) S. oben § 90 Note 7, § 93 Note 23.

27) S. § 96 Note 57. 59. 72. 73. 76.

28) S. § 99 Note 61.

29) Erwerb des Klägers *L. 12. C. I. h. t.*, späterer Erwerb des Beklagten *L. 16. eod.*

der Beweis des Erwerbes gelungen ist; die römischen Juristen sind aber weit entfernt, von einer exceptio dominii recentioris zu sprechen, weil in diesem Fall nicht die Ausübung des klägerischen Rechts beschränkt, sondern dessen Existenz, also auch die Wahrheit der Intentio des Klägers, REM MEAM ESSE, bestritten wird [30]).

Dasselbe gilt auch von andern dinglichen Rechten. Daher, z. B. wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks mit der actio confessoria den Erwerb der servitus altius non tollendi oder stillicidii recipiendi gegen seinen Nachbar erwiesen hat, es diesem obliegt, die behauptete Aufhebung oder Beschränkung dieser Servituten darzuthun. Ebenso wenn dieser letztere mit der actio negatoria klagt. Es gehört daher zu den Fällen, wo der Prätor seine Formeln weniger nach der strengen Rechtstheorie, als nach dem praktischen Bedürfniß faßte, daß er dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks auch eine Klage de altius tollendo und de stillicidio avertendo gab und demselben damit zugleich den Beweis dieser Intentio auflegte, während dieser in Wahrheit nicht eine Servitut, sondern die wiedergewonnene Freiheit des Eigenthums geltend macht [31]). Ist freilich das dingliche Recht nur indirect, der Ausübung nach aufgehoben, so setzt der Beklagte der Klage eine wahre Exceptio entgegen, die er aber gleichfalls beweisen muß [32]).

Ebenso bei Schuldverhältnissen. Der Gläubiger hat nur die Begründung seiner Forderung, z. B. die Auszahlung des

30) Die exceptio rei venditae et traditae könnte in einigen Fällen, z. B. in *L. 1. § 2. D. de exc. rei vind.* (21, 3), dafür genommen werden; allein es sind dieß solche, wo zur Zeit der classischen Juristen der Käufer nur bonitarischer Eigenthümer wurde und die Vindication des Verkäufers als des bloß quiritarischen Eigenthümers durch jene Einrede zurückwies.

31) Vgl. oben § 92 Note 36, insbesondre die angeführten *Gai.* IV. § 3. *L. 26. pr. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *Fr. Vat.* § 53. Daß selbst die Juristen in diesen Fällen eine Servitut annehmen (*Gai.* II. § 31. *L. 2. D. de serv. pr. urb.* 8, 2), beruht theils auf jener Formel, theils darauf, daß diese Rechte in iure cedirt zu werden pflegten. *L. 21. D. de serv. pr. urb.* (8, 2).

32) Vgl. oben § 99 Note 66[a].

Darlehns, der Schuldner aber die Erfüllung, also die Rückzahlung desselben [33]) und ebenso jede andere die Obligation ipso iure zerstörende Thatsache zu beweisen, wo der Gedanke an eine exceptio solutionis, acceptilationis u. s. w. an sich ausgeschlossen ist. Anders in den Fällen indirecter Aufhebung, z. B. durch pactum de non petendo u. s. w., nur daß auch hier dem Beklagten der Beweis obliegt [34]).

2) Auch aus dem Gesichtspunkt der Verletzung des klägerischen Rechts kann dem Kläger der Beweis der Nichterfüllung nicht auferlegt werden, weil diese überhaupt regelmäßig nicht zu den Bedingungen des Klagrechts gehört [35]). Dem könnte die Fassung einiger Klagformeln zu widersprechen scheinen, in deren Intentio der Kläger die Nichterfüllung seiner Forderung behauptet [36]). Allein dieser Schein verschwindet bei näherer Betrachtung, wobei sich wieder zeigen wird, daß die Formula nicht unbedingt für ein Beweisinterlocut gelten kann.

Allerdings enthielt die formula hypothecaria außer der Hauptbedingung: SI PARET EAM REM AB EO, CUIUS IN BONIS TUM FUIT, OB PECUNIAM DEBITAM PIGNORI AULO AGERIO OBLIGATAM ESSE, den Zusatz: EAMQUE PECUNIAM NEQUE SOLUTAM NEQUE EO NOMINE SATISFACTUM ESSE, NEQUE PER AULUM AGERIUM STARE, QUOMINUS SOLVATUR SATISVE FIAT [37]), weil in der That der Schuldner zur Herausgabe der Sache nur dann verpflichtet ist, wenn der Gläubiger sie auch verkaufen kann, was nur dann der Fall ist, wenn die fällige Schuld nicht bezahlt wird, nicht um die Hypothek in ein Faustpfand zu verwandeln [38]). Der Prätor mußte

33) *L. 1. C. I. h. t. Sever. et Ant.* Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, eius rei probationem praestare debet. *L. 12. D. eod. Marcell.* — si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. *L. 10. C. I. de non num. pec.* (4, 30).

34) *L. 25. § 2. D. h. t. Paul.* secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant, vel solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit. Vgl. oben § 99 S. 384 folg.

35) S. oben § 85 Note 10.

36) S. oben § 99 Note 62.

37) S. § 96 Note 57.

38) *L. 14. pr. D. de pign.* (20,

also diesen Vorbehalt in die Formel aufnehmen, „daß der Schuldner den Gläubiger nicht befriedigt habe, auch ihn jetzt noch zu befriedigen nicht bereit sei,“ ohne damit eine Exceptio aufstellen zu wollen. Denn im Fall bereits geschehener Befriedigung ist die Schuld und damit nothwendig auch das Pfandrecht ipso iure zerstört [39]); und durch den zweiten Zusatz ist der Judex nur, wie bei andern actiones arbitrariae, zu einem Arbitrium, und insofern diesem Folge geleistet wird, zur Absolution des Beklagten angewiesen [40]). Ebensowenig wollte er damit die Beweislast des Klägers erweitern, welche die Quellen ausdrücklich auf jene Hauptbedingungen der Klage beschränken [41]).

Bei der actio constitutae pecuniae ist durch die Zusätze: SI PARET — REUM NEQUE SOLVISSE NEQUE FECISSE, NEQUE PER ACTOREM STETISSE, QUOMINUS FIERET QUOD CONSTITUTUM EST, auch keine Exceptio begründet; denn die Zahlung tilgt beide Schuldverhältnisse ipso iure [42]). Der zweite sollte den Schuldner dagegen schützen, daß der Gläubiger nicht durch Verweigerung der Annahme am Verfalltage sich die Klage auf das Interesse sammt dem Succumbenzgeld von fünfzig Prozent verschaffe, worüber, wenn der Beklagte dieß behauptet, allerdings ihm der Beweis obliegt, obgleich die Klage auch dann ipso iure nicht begründet ist. Der erste Zusatz aber bezeichnet die actio constitutae pecuniae, im Gegensatz der condictio certi, als eine Schadensklage, deren Grund, die Perfidia, nach allgemeinen Grundsätzen vom Kläger bewiesen werden muß, ein Beweis, den er durch eine Testatio am Verfalltage sich auch leicht sichern kann [43]).

Wenn es endlich in der Intentio der in factum concipirten

1) geht auf die Klage gegen einen dritten Besitzer. *cf. L. 4. D. de distr. pign.* (20, 5). *L. 5. L. 8. C. I. eod.* (8, 28).

39) *L. 13. § 2. D. de pign.* (20, 1). *L. 6. pr. D. quib. mod.* (20, 6).

40) *L. 16. § 3. D. de pign.* (20, 1). S. oben § 94 Note 74.

41) *L. 23. D. h. t. L. 10. C. I. de pign. act.* (4, 24). *L. 1. C. I. si pign. conv.* (8, 33).

42) *L. 18. § 3. D. de const. pec.* (13, 5).

43) S. oben § 96 Note 58 folg. und daselbst Bruns cit.

actio depositi heißt: SI PARET — EAM REM DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE [44]), so liegt der Nachdruck auf dolo malo. Der Prätor wies den Judex dadurch an, den Beklagten zum Interesse zu condemniren, wenn dieser die Rückgabe der Sache dolo sich unmöglich gemacht hat, oder noch jetzt in Folge des Arbitrium verweigert; denn auch diese Contumacia ist Dolus. Was aber den Beweis betrifft, so bedarf es desselben in diesem zweiten Fall überhaupt nicht; in dem ersten aber steht die Unmöglichkeit der Erfüllung fest, welche der Erfüllung gleich gilt, der Beklagte müßte sie denn verschuldet haben; und darüber, hier Dolus, sonst Culpa, liegt allerdings dem Kläger der Beweis ob [45]).

Denn Unrecht, es sei Dolus oder Culpa, als Bedingung des Schadensersatzes, er mag nun, wie in diesem Fall, in die Contractsklage hereingezogen, oder Gegenstand einer selbständigen actio ex maleficio sein, muß überall von dem, der es behauptet, als zum Entstehungsgrund der Schadensforderung gehörig, bewiesen werden [46]).

3) Die Fortdauer thatsächlicher Zustände kann nicht ohne Weiteres, wie die eines Rechts, präsumirt werden, sondern ist als Bedingung eines gegenwärtigen Rechts zu be-

44) *Gai.* IV. § 47.

45) Die Quellen deuten dieß freilich nur an, z. B. durch diese Formel. Als Dolus muß der Kläger in diesem Fall auch die behauptete culpa lata oder die s. g. culpa levis in concreto beweisen. *L. 32. D. depositi* (16, 3). *§ 3. I. quib. mod. re* (3, 15). Anders bei der Societät; der Socius haftet überhaupt für culpa, die neglegentia consueta ist zwar keine Exceptio, aber eine ausnahmsweise Beschränkung derselben, worüber ihm der Beweis obliegt. *§ 9. I. de societate* (3, 26). Für den Beweis der Culpa überhaupt s. *§§ 2. 4. I. quib. mod. re* (3, 15). *L. 5. § 2. D. commodati* (13, 6). *L. 11. D. de periculo* (18, 6) u. s. w. Nur im Fall der Entwendung wird sie ausnahmsweise präsumirt, wegen der Schwierigkeit des Beweises und nach der Annahme, daß ein diligens paterfamilias sich gegen Diebstahl zu schützen wisse (furti periculum).

46) *L. 18. § 1. D. h. t. Ulp.* Qui dolo dicit factum aliquid, — docere dolum admissum debet. *L. 6. C. l. de dolo malo* (2, 21). Die Lex Aquilia und die darnach gebildete Formula drückt dieß durch das Wort iniuria aus. Vgl. Böcking, Pand. I. § 91.

weisen. Doch ist ein indirecter Beweis durch Schlußfolgerungen nicht ausgeschlossen [47]). Hauptsächlich gehört dahin die Präsumtion der Constanz des menschlichen Wollens, welches nicht durch Aufhören des Bewußtseins, auch nicht durch Zeitablauf, sondern nur durch ein entgegengesetztes Wollen, das bewiesen werden muß, aufgehoben wird [48]).

4) Begründet werden die Rechte meist durch **Willensacte**, bei welchen das innere, unsichtbare, und das äußere, sinnlich wahrnehmbare Element unterschieden, vermöge der präsumtiven Uebereinstimmung beider aber von diesem auf jenes geschlossen, also die Uebereinstimmung so lange angenommen werden muß, bis das Gegentheil bewiesen wird. So bei Rechtsgeschäften [49]), und ebenso bei unerlaubten Handlungen [50]).

5) Desgleichen wird die dem Menschen im Allgemeinen eigene **Willensfähigkeit** zunächst vorausgesetzt; wer das Gegentheil behauptet, muß es beweisen [51]). Steht sie durch Geständniß oder Beweis fest, und der Gegner behauptet die Ergänzung durch einen andern Willen, z. B. tutoris auctoritas, so liegt ihm deshalb der Beweis ob [52]).

6) Ueberhaupt wird ein Rechtsgeschäft, dessen eigenthümliche Merkmale vorliegen, so lange für gültig angenommen, bis ein verborgener Mangel nachgewiesen ist [53]), z. B. Verletzung der Quarta Falcidia durch ein formell gültiges Legat [54]).

47) Ueber den Besitz s. **Savigny**, Besitz § 35.

48) *L. 22. D. h. t. Ulp.* Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere. *L. 3. eod. L. 22. L. 44. § 1. D. de leg.* 2. (31). *L. 11. § 12. D. de leg.* 3. (32). Darauf beruht es auch, daß der Besitz einer Sache nicht durch Vergessen derselben, sondern durch animus in contrarium actus verloren wird.

49) Zunächst entscheidet der Wortlaut, und wer eine andre Absicht behauptet, muß sie beweisen. *L. 9. L. 12. D. h. t. L. 34. § 3. D. de leg.* 1. (30). *L. 29. D. de obl. et act.* (44, 7).

50) *L. 1. C. l. ad leg. Corn. de sic.* (9, 16). *L. 5. C. l. de iniur.* (9, 35) u. s. w.

51) Bei Rechtsgeschäften *L. 5. C. l. de codicillis* (5, 36). Bei Delicten muß dasselbe gelten. *cf. L. 5. § 2. D. ad leg. Aquil.* (9, 2).

52) *L. 13. § 2. D. de Publ. in rem act.* (6, 2).

53) *L. 5. § 1. D. h. t. L. 11. C. l. eod. L. 30. D. de verb. obl.* (45, 1).

54) *L. 17. D. h. t.*

Es wird also überhaupt ein engerer Kreis von Bedingungen des streitigen Rechts als zum Beweis desselben vorläufig ausreichend angenommen, der indeß durch den indirecten Gegenbeweis, daß es an einer ferner liegenden Bedingung fehle, aufgehoben werden kann. Dabei ist nicht zu verkennen, daß die Behauptungen der Partheien und die daraus gezogenen rechtlichen Folgerungen logisch wie Regel und Ausnahme einander entgegenstehen; auch daß die Ausnahme erst dann Bedeutung gewinnt, wenn der Grund der Regel bewiesen ist, daß also eine gewisse Verwandtschaft derselben mit dem Gegensatz der actio und exceptio, replicatio u. s. w. statt findet. Ebenso klar aber ist, daß diese Behauptungen damit nicht identificirt werden dürfen, weil sie sämmtlich die Existenz des streitigen Rechts, nicht bloß seine Ausübung betreffen.

War nun der Geschworne durch diese und ähnliche Regeln [55]) in der Beurtheilung des thatsächlichen Grundes der streitigen Rechte unterstützt und insbesondere in den Stand gesetzt, auch wenn er keine positive Ueberzeugung gewonnen hatte, ein bestimmtes Urtheil zu fällen, namentlich wegen nicht bewiesenen Klagrechts den Beklagten zu absolviren, so konnten dennoch Beweis und Gegenbeweis, die entgegengesetzten Wahrscheinlichkeiten, sich so sehr die Wage halten, daß sein bedrängtes Gewissen ihm auch diesen Ausweg verschloß. In diesem Fall hatte er die Macht, dem einen oder andern Theil, insbesondere dem Beklagten, noch einen Eid aufzuerlegen und, wenn er geleistet wurde, demgemäß zu erkennen [56]). Der letzte Ausweg für ihn aber war, daß er sein Nichtwissen beschwor (iusiu-

55) Denn die classische Jurisprudenz hat noch manche andre, speciellere Präsumtionen, d. h. durch bewiesene Thatsachen indicirte Schlußfolgerungen aufgestellt, auf die wir hier nicht eingehen können. Vgl. z. B. *L. 25. pr. §§ 1. 2. D. h. t.*, woraus sich namentlich ergiebt, daß auch eine Negative als thatsächliche Bedingung des Klagrechts bewiesen werden muß.

56) *L. 1. L. 31. D. de iureiur.* (12, 2). *L. 3. L. 10. C. I. de reb. cred.* (4, 1). Vgl. oben § 107 Note 81.

randum sibi non liquere), wo er dann seines Amtes entbunden und dasselbe einem Andern übertragen wurde [57]).

---

b. Formelle Bedingungen [1]).

§ 110. Die formellen Bedingungen des Urtheils, von welchen dessen Gültigkeit abhängt [2]), betreffen

1) den Beschluß des Geschwornen, der ihm zum Grunde liegt. Ist es ein Einzelgeschworner (unus iudex), so faßt er diesen Beschluß zwar nach Anhörung seiner Beisitzer und regelmäßig deren Ansicht gemäß (de consilii sententia), aber auf eigne Verantwortung [3]). Sind ihrer Mehrere (recuperatores), so gehört zu ihrem Beschluß die Gegenwart Aller [4]), deren absolute Majorität entscheidet [5]); auch wenn Einer sich des Urtheils enthält, weil er schwört, daß ihm die Sache nicht klar sei [6]). Gehen die Stimmen alle auseinander, so gilt bei der Condemnation zu einer Summe Geldes das Urtheil für die geringere Summe [7]). Im Fall der Stimmengleichheit geht die günstigere Meinung vor, also im Allgemeinen

57) *Gell.* XIV. 2, 25. *cf. L. 36. D. de re iud.* (42, 1). *L. 13. § 4. D. de receptis* (4, 8). S. oben § 71 Note 79. 80.

1) *Paul.* V. 5a. *Dig.* 42, 1. *de re iudicata — et de interlocutionibus. Cod. Iust.* 7, 45. *de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum.* 43. 44. 46. Zimmern, Rechtsg. III. § 137. Puchta, Instit. § 175. Keller, Civilpr. § 66. Rudorff, Rechtsg. II. § 77.

2) *L. 4. § 6. D. h. t. Ulp.* — rite condemnatus, ut sententia valeat. *L. 7. C. l. h. t. Alex.* Prolatam a Praeside sententiam contra solitum iudiciorum ordinem auctoritatem rei iudicatae non obtinere, certum est. *L. 7. L. 9. eod. Diocl. et Max.* — sententia certis finibus concluditur.

3) Wegen Dolus und Culpa lata *L. 40. § 1. D. de iudiciis* (5, 1). *L. 5. § 4. D. de obl. et act.* (44; 7). Nur den Beisitzer des Magistrats trifft die Strafe der *L. 2. D. quod quisque iuris* (2, 2).

4) *L. 37. L. 39. D. h. t. cf. L. 17. § 2. L. 32. § 13. D. de receptis* (4, 8).

5) *L. 39. cit. cf. L. 17. § 6. D. de receptis* (4, 8).

6) *L. 36. D. h. t.*

7) *L. 38. § 1. D. h. t. cf. L. 27. § 3. D. de receptis* (4, 8).

die Absolution des Beklagten, im liberale Judicium die Sache der Freiheit u. s. w. [8]). Aehnlich im Centumviralgericht [9]).

2) Das Urtheil selbst und zwar a) dessen Inhalt. Dieser ist von dem Gegenstand des Rechtsstreits, welchem durch die Entscheidung vollständig und unbedingt ein Ende gemacht werden soll [10]), abhängig, und insoweit derselbe in der Formula seinen Ausdruck gefunden hat, von dieser.

Bei Standes- und Familienrechten enthält die formula praeiudicialis in ihrer Intentio [11]) die rechtliche Behauptung des Klägers, welche der Judex durch einen einfachen Ausspruch (pronuntiatio), je nachdem sie bewiesen oder nicht bewiesen ist, als wahr anzuerkennen oder zu verwerfen hat [12]); so jedoch, daß er auch die entgegengesetzte positive Behauptung des Beklagten, welche die Formel nicht ausdrückt, wenn dieser deren Beweis unternommen und geführt hat, als wahr anerkennen kann [13]).

Alle Formeln für Vermögensklagen haben außer der Intentio auch eine Condemnatio, d. h. den an den Geschwornen gerichteten Befehl, den Beklagten, je nach Befund, entweder zu condemniren oder zu absolviren [14]); daher es als Regel ausgesprochen wird, das Urtheil müsse, um gültig zu sein, entweder eine Condemnation oder eine Absolution enthalten [15]). — Die

8) *L. 38. pr. D. h. t.* *L. 24. pr. D. de manumiss.* (40, 1).

9) *L. 10. pr. D. de inoff. test.* (5, 2). *Marcell.* — secundum testamentum, — nisi si aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit. Vgl. oben § 65 Note 31.

10) Insofern hieß es sententia definitiva im Gegensatz der interlocutiones; s. z. B. *L. 3. C. l. h. t.* und *Rubr. Dig. et Cod. Iust.* in Note 1.

11) S. § 87 Note 27 und § 71 Note 53.

12) S. oben § 97, insbesondre S. 336: L. TITIUM SERVUM AULI AGERII VIDERI, oder L. TITIUM SERVUM AULI AGERII NON VIDERI.

13) Daselbst: L. TITIUM LIBERUM VIDERI.

14) S. § 87 Note 28. 30.

15) *L. 1. D. h. t. Modestin.* Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit. *L. 3. C. l. eod. Alex.* Praeses provinciae non ignorat, definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberi.

Absolution ist eine vollständige Entbindung von der Klage, sollte der Judex auch keine positive Ueberzeugung von der Nichtexistenz des klägerischen Rechts gewonnen haben, oder auf Grund einer dilatorischen, die Sache oder nur den Prozeß betreffenden Einrede, z. B. der exceptio pacti de non petendo temporalis oder einer exceptio cognitoria, absolviren. Denn eine Absolutio ab Instantia, die nur diesem Verfahren ein Ende machte und die Erneuerung desselben Rechtshandels zuließ, ist unmöglich, weil diese Klage schon durch die Litiscontestation consumirt ist [16]). — Die **Condemnation** geht allemal auf eine bestimmte Summe Geldes, was auch der ursprüngliche Gegenstand der Klage gewesen sein mag [17]), so daß jeder Vermögensanspruch durch das Urtheil in eine liquide Geldforderung verwandelt, insoweit also für die Zukunft jede Ungewißheit ausgeschlossen ist [18]). Denn darauf ist der Judex durch die Condemnatio der Formel angewiesen, und zwar entweder so, daß eine bestimmte Summe (certa pecunia) ihm vorgeschrieben oder die Schätzung des Streitgegenstandes (litis aestimatio) bis zu einem Maximum (taxatio) oder ohne Einschränkung (infinita) ihm freigelassen ist. Die Gültigkeit seines Urtheils ist aber nicht abhängig von der Befolgung jener Beschränkungen; doch ist er für den Schaden verantwortlich (litem suam facit) [19]). Die Condemnation zu einer unbestimmten Summe aber ist ungültig; nur genügt die Beziehung auf die Verhandlungen, worin die bestimmte Summe enthalten ist [20]).

16) S. § 103. Vgl. § 99 Note 83. 98.

17) *Gai.* IV. §§ 48. 52 oben § 87 Note 31. 32. *L. 13. § 1. D. h. t. L. 45. D. de fideiuss.* (46, 1)

18) Diese Gewißheit sollte auch nicht durch Zulassung einer andern satisfactio wieder aufgehoben werden. *L. 4. § 3. D. h. t. Ulp.* — ratio pecuniae exigendae haec fuit, quod noluerit Praetor obligationes ex obligationibus fieri. Eine Ausnahme bildet die alternative Condemnation zur Zahlung des Judicats oder noxae datio. *L. 4. § 1. eod. § 1. I. de off. iud.* (4, 17).

19) *Gai.* IV. §§ 49—52.

20) *L. 59. § 1. D. h. t. Ulp.* Amplius est rescriptum, etsi in sententia non sit summa adiecta, si tamen is qui petit summam expresserit, et iudex ait: SOLVE QUOD PETITUM EST, vel QUANTUM PETITUM EST, valere

So für Capital und Zinsen [21]). Die Hinzufügung einer Bedingung ist unzuläſſig [22]); ein Zahlungstermin ist möglich [23]).

Indeß, wie die Formula nicht bloß die Condemnatio, sondern auch eine Intentio, Exceptio u. ſ. w. als Gegenstand der Entſcheidung enthält, auch die Verhandlung noch andre darin nicht bezeichnete Seiten des Rechtsſtreits in Frage stellt, ſo ist auch das Urtheil nicht auf einen nackten Zahlungsbefehl oder die ſimple Freiſprechung beſchränkt.

Bei den in rem actiones geht der Condemnation oder Abſolution regelmäßig ein Ausſpruch des Geſchwornen über das Recht des Klägers, Eigenthum, Erbrecht, Servitut, Pfandrecht u. ſ. w. (pronuntiatio) [24]) und der Reſtitutionsbefehl (arbitrium de restituendo) [25]) vorher, und jener Ausſpruch wird ſelbst vorzugsweiſe als Entſcheidung des Rechtsſtreits (sententia, iudicatum) betrachtet [26]); die Condemnation vertritt nur die in das Judicium hereingezogene Liquidationsinſtanz, und folgte wohl, wenn nicht Friſt zur Reſtitution gegeben wurde [27]) oder die Schätzung noch Zeit erfor-

sententiam. Auf die Formula ist hier kein Bezug genommen. *L. 3. C. I. de sent. quae sine certa quantitate* (7,46). *Gordian.* — si parte aliqua actorum certa sit quantitas comprehensa, z. B. in einer producirten Urkunde *L. 5. § 1. L. 27. D. h. t.* In der extraordinaria Cognitio kann der Magiſtrat nur über den Rechtspunkt erkennen und die Liquidation einem Arbiter übertragen. *L. 2. C. I. de sent. quae sine certa quant.* (7, 46). S. oben § 71 Note 89.

21) *L. 59. § 2. D. h. t. cf. L. 17. pr. D. de appell.* (49, 1). *L. 1. L. 3. C. I. h. t.*

22) *L. 59. § 2. cit.* — USURAE, SI QUAE COMPETUNT. *L. 1. § 5. D. quando appell.* (49, 4). — non est sub condicione sententia dicenda.

23) *L. 4. § 5. D. h. t.*

24) S. oben § 90 Note 9, § 91 Note 10, § 92 Note 33. 34, § 96 Note 30.

25) S. § 90 Note 13, § 91 Note 11, § 92 Note 38, § 96 Note 56. 57.

26) Sententia nennt ſie *L. 35. § 1. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 8. § 4. D. si servitus* (8, 5). *L. 16. § 5. D. de pign.* (20, 1); iudicatum *L. 40. § 2. D. de procur.* (3, 3). *L. 20. § 6. L. 57. D. de her. pet.* (5, 3). *L. 57. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 9. pr. L. 15. pr. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *§ 2. I. de off. iud.* (4, 17); res per sententiam adiudicata *L. 16. § 5. D. de pign.* (20, 1). *L. 12. pr. D. qui pot.* (20, 4). Die Pronuntiatio war alſo keine bloße Interlocutio.

27) Durch cautio de restituendo konnte die Sache ſofort

derte[28]), jenen beiden Erlassen unmittelbar[29]). Auch ein vom Beklagten behauptetes und erwiesenes Recht kann eine Pronuntiatio veranlassen, z. B. bei der actio negatoria die Anerkennung der von ihm erwiesenen Servitut[30]); bei der Publiciana in rem actio die exceptio dominii[31]); bei der actio hypothecaria die exceptio rei sibi ante pignoratae[32]). Ferner kann der Judex auch über die Thatsachen, welche diese Rechte bedingen, ausdrücklich erkennen, z. B. bei der hereditatis petitio, das Testament sei wegen Präterition des Suus null, oder inofficiös u. s. w., oder rechtsgültig gemacht[33]). Andrerseits kann die Absolution aber auch ohne Erkenntniß über das Recht, welches den eigentlichen Gegenstand des Rechtsstreits bildet, erfolgen, z. B. wenn der Kläger mit der actio confessoria wegen einer Prädialservitut sein Eigenthum am

abgemacht werden. *L. 27. § 4. D. de rei vind.* (6, 1) *§ 2. I. cit.* Vgl. § 90 Note 16. 17.

28) Z. B. wenn der Kläger noch in litem schwören, oder der Geschworne die Sache besichtigen mußte.

29) Eine Wiedereröffnung der Verhandlung fand gewiß nicht statt; denn *L. 9. L. 35. § 1. L. 68. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 41. § 1. D. h. t. § 2. I. cit. eod.* u. s. w. stellen die 3 richterlichen Handlungen: 1) iudex sententia declarat rem meam esse, 2) arbitratur rem restitui, 3) condemnat vel absolvit, als zusammengehörig und auf einander folgend dar.

30) *L. 8. § 3. D. si serv.* (8, 5). eum qui negat (*sc. petitoris partes sustinere*). *§ 4.* Et si quidem is obtinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi: sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed declarari. Vgl. oben § 92 Note 35. 36.

31) Ist der Formel die exceptio SI EA RES POSSESSORIS NON SIT, eingerückt (s. oben § 99 Note 20. 61), so muß der Judex auch darüber erkennen. Dagegen kann ich Bekker, Consumtion S. 134 folg. nicht zugestehen, daß auch die civile rei vindicatio im Formularprozeß zweiseitig gewesen, daß also der Judex z. B. auf Grund der s. g. exceptio dominii recentioris dem Beklagten das Eigenthum habe zusprechen können.

32) *L. 19. L. 30. § 1. vers.* Cum autem pignoraticia. *D. de exc. rei iud.* (44, 2).

33) *L. 12. § 3. D. de bon. lib.* (38, 2). *Ulp.* Si quis (*sc. suus*) — pronuntiatus — sit, exheredatus esse. *L. 17. § 1. D. de inoff. test.* (5, 2). *Paul.* Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur. *L. 2. C. I. quando provocare* (7, 64). *Alex.* Quodsi (*sc. iudex datus a Praeside provinciae*) — implesse defunctum quartum decimum annum et per hoc iure factum testamentum pronuntiavit *rel.*

herrschenden Grundstück nicht zu beweisen vermag [34]), oder bei der Vindication und der hereditatis petitio, wenn der Judex findet, daß der Beklagte nicht besitzt [35]); dort weil es an der Activ-, hier an der Passivlegitimation zur Sache fehlt.

Auch bei in personam actiones geht nicht nur, wenn sie arbitrariae sind, der Condemnation oder Absolution ein Arbitrium vorher, dessen Befolgung oder Nichtbefolgung der Judex als Rechtsgrund derselben erwähnen kann [36]), sondern auch sonst lag es in seiner Macht, die einzelnen „Elemente des Rechtsstreits" als Gegenstand der Entscheidung, sie mochten in der Formula oder sonst in der Verhandlung ihm vorliegen, in sein Urtheil aufzunehmen, z. B. die einzelnen Schuldposten, aus welchen die Condemnationssumme sich zusammensetzt [37]), oder eine Gegenforderung, welche als exceptio compensationis die Minderung der Condemnation oder die Absolution bedingt [38]). Doch hing es von seinem Ermessen ab, ob er dieß thun und wie weit er darin gehen wollte [39]).

Was wir so eben die „Elemente des Rechtsstreits" nannten, bedingt natürlich nach logisch-juristischem Zusammenhang den letzten praktischen Erfolg des Urtheils, namentlich die Condem-

34) *L. 5. pr. D. si ususfr.* (7, 6). *Ulp.* — vincet (*sc. reus*) iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant. Ueber die Servitut, die den eigentlichen Gegenstand des Rechtsstreits bildet, wird hier nicht erkannt.

35) *L. 9. pr. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *Ulp.* — adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est. *L. 17. L. 18. eod. L. 8. pr. D. ratam rem haberi* (46, 8).

36) S. § 94 Note 58 folg.

37) *L. 1. § 1. D. quae sent. sine appell.* (49, 8). *Macer.* — si iudex ita pronuntiaverit: CUM CONSTET [LUCIUM] TITIUM SEIO EX ILLA SPECIE QUINQUAGINTA, EX ILLA SPECIE VIGINTI QUINQUE DEBERE: IDCIRCO LUCIUM TITIUM SEIO CENTUM CONDEMNO. Der Rechnungsfehler, den der exsequirende Magistrat berichtigen soll, interessirt uns insofern, als daraus hervorgeht, daß dem Erkenntniß über die einzelnen Posten, nicht der summirenden Condemnation, Rechtskraft beigelegt wird.

38) *L. 8. § 2. D. de neg. gestis* (3, 5). *L. 7. § 1. D. de compens.* (16, 2). *L. 1. § 4. D. de contr. tut.* (37, 4).

39) *L. 59. pr. D. h. t. Ulp.* In sententiis sufficiet, si expresserit iudex summam in sententia, solvique iusserit vel praestari *rel.* Vgl. die Stellen in Note 37 und *L. 18. § 4. D. commodati* (13, 6). *Gai.* — (*si*) iudex pensationis rationem non habeat.

nation oder Absolution, ist aber nicht zu verwechseln mit den Gründen der Ueberzeugung des Richters (Entscheidungsgründe). Dieses sind theils Rechtssätze, auf welche der Geschworne allerdings ausdrücklich Bezug nehmen konnte und von deren Richtigkeit alsdann die Gültigkeit des Urtheils abhing [40]), theils Beweise. Daß er deren Beurtheilung aber im Einzelnen in sein Urtheil aufgenommen habe, davon findet sich wenigstens kein Beispiel in unsern Quellen [41]).

Wie es mit dem Urtheil gehalten wurde, wenn derselbe Geschworne über mehrere Klagrechte oder für mehr als zwei Personen zu erkennen hat, ist früher (§ 101) vorgekommen.

Ein Urtheil ganz eigenthümlicher Art ist die Adjudication bei den Theilungsklagen, durch welche in Verbindung mit entsprechenden Condemnationen eine Gemeinschaft aufgehoben werden soll [42]). Beides muß immer für alle Theilhaber dieses Verfahrens geschehen, wie denn überhaupt die Vollständigkeit des Urtheils, d. h. die Entscheidung des ganzen Rechtsstreits, Bedingung seiner Gültigkeit ist [43]). Andrerseits darf es die Grenzen des in Judicium deducirten Gegenstandes auch nicht überschreiten [44]).

b) Die Form der Urtheilssprüche des Geschwornen ist gesetzlich nicht bestimmt, d. h. certa verba sind nicht vorgeschrieben [45]). Herkömmlich war es, daß der Geschworne seine Ueberzeugung durch VIDERI [46]), die Folgen derselben aber in

40) S. oben § 109 Note 3.

41) Savigny cit. VI. § 291 unterscheidet auch die „Elemente der streitigen Rechtsverhältnisse und des den Rechtsstreit entscheidenden Urtheils“ und die „subjectiven Gründe der Ueberzeugung des Richters“. Wir werden von diesem wichtigen Unterschied in der Lehre von der Rechtskraft § 111 Gebrauch machen.

42) S. § 87 Note 48 folg.

43) *L. 27. L. 25. § 20. D. fam. erc.* (10, 2). *cf. L. 2. § 4. L. 20. § 4. eod.*

44) *L. 18. D. comm. div.* (10, 3). *Iavolen.* — ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest. *cf. L. 13. eod.*

45) *L. 59. pr. cit.* Note 38. vel quo alio verbo hoc significaverit.

46) *Cic. acad. quaest.* II. 47. quam rationem maiorum etiam comprobavit diligentia: qui primum iurare EX SUI ANIMI SENTENTIA quemque voluerunt: —

imperativer Form aussprach [47]). Eine ausdrückliche Beziehung auf den zu Anfang geleisteten Eid scheint nicht statt gefunden zu haben [48]).

3) Der Erlaß des Urtheils mußte mündlich [49]), in förmlicher Gerichtssitzung und in Gegenwart der Partheien [50]) erfolgen, also an einem Ort, wo diese ohne Unbequemlichkeit erscheinen können [51]). Ohne Zweifel concipirte auch der Geschworne regelmäßig das Urtheil vorher und verlas es (ex periculo); der bloß schriftliche Erlaß aber machte es ungültig [52]). An Aufnahme einer durch Zeugen beglaubigten Urkunde (tabulae signatae, testatio) über diesen wichtigsten Act, der den Erfolg des Prozesses und die Geltung des streitigen Rechtsverhältnisses für alle Zeit bestimmte, werden es die Partheien auch nicht haben fehlen lassen.

---

quaeque iurati iudices cognovissent, ut ea non ESSE facta, sed ut VIDERI pronuntiarent. In der Formula *pro Tullio* 12. VIDERETURNE VI HOMINIBUS COACTIS *rel.*, also gleichbedeutend mit SI PARET. *L. 27. § 1. D. de lib. causa* (40, 12). *Ulp.* — SERVUM ILLIUS NON VIDERI, — INGENUUM VIDERI. Dagegen tadelt Cicero *de fin.* II. 12. die Bescheidenheitsphrase des Geschwornen: si quid est mei iudicii, weil ein Urtheil zu haben seines Amtes sei.

47) Wohin schon damnare und condemnare gehört. Ebenso wird das Arbitrium iussus genannt. *L. 12. § 5. D. ad exhib.* (10, 4). *L. 13. § 9. D. de acq. poss.* (41, 2). *L. 9. § 1. D. de furtis* (47, 2). *L. 28. § 1. D. de appell.* (49, 1). Für die Anordnungen des arbiter finium regundorum vgl. *Orelli* 3121.

48) Iuratus sententiam dicere *Cic. de off.* III. 10. *cf. Orelli-Henzen* 6432. heißt daher nur soviel, als iuratus cognoscere. S. Note 46.

49) *L. 59. pr. § 1. D. h. t.* Daher pronuntiare und pronuntiatio von jedem Urtheil, z. B. in *L. 1. D. h. t.*

50) *Paul.* V. 5a. § 6. *L. 47. pr. L. 60. D. h. t. Cod. Iust.* 7, 43. *quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat praesentibus partibus rel. cf. L. 27. § 5. D. de receptis* (4, 8). *Orelli-Henzen* 3121 6432. Ueber das Contumacialurtheil s. oben § 108 Note 92 folg.

51) *L. 59. D. de iudiciis* (5, 1).

52) *L. 1. C. I. de sententiis ex periculo recitandis* (7, 44). *Val. et Gallien.* Arbitri nulla sententia est, quam scriptam edidit litigatoribus. Si igitur nihil fallis, omissa provocationis mora ex integro iudicari impetrabis a Rectore provinciae.

c. Wirkungen (res iudicata) [1].

§ 111. Das von dem Geschwornen ausgesprochene Urtheil (sententia iudicis) ist unabänderlich: für ihn selbst, weil er mit der Condemnation oder Absolution seinen Auftrag ausgerichtet hat und fortan seines Amtes enthoben ist [2]); aber auch die vorausgehende Pronuntiatio als ein auf seinen Eid abgegebener Wahrspruch (verdict) ist es [3]). Für den Magistrat, der den Geschwornen bestellt hat [4]), abgesehen von Appellation, in Integrum Restitutio u. s. w.; weil den Partheien

1) Quellen: *Paul.* V. 5a. *de effectu sententiarum et finibus litium. Dig.* 42, 1. *de re iudicata et de effectu sententiarum. Cod. Iust.* 7, 52. *de re iudicata* 50. 54. 55. 56. 60. Schriftsteller: Keller, Litis-Contestation und Urtheil §§ 24 und folg. Vgl. Civilpr. §§ 71—73. Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß Th. 1 § 11. Bekker, die prozessualische Consumtion, Berlin 1853. Krüger, prozessualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses, Berlin 1864. — Puchta, Instit. § 175. Savigny, System VI. §§ 280—301. Wetzell, Civilpr. § 47.

2) *L. 55. D. h. t. Ulp.* Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit. et hoc iure utimur, ut iudex qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit: semel enim male seu bene officio functus est. *L. 62. D. eod. Alfen. Var.* Quaerebatur, iudex si perperam iudicasset, an posset eodem die corrigere sententiam? Respondit non posse.

3) *L. 35. § 1. D. de rei vind.* (6. 1). *Paul.* Ubi alienum fundum petii et iudex sententia declaravit meum esse, debet etiam de fructibus possessorem condemnare: eodem enim errore et de fructibus condemnaturum. — alioquin, ut Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui. Offenbar wird an die Möglichkeit gedacht, daß der Judex selbst nach der Pronuntiatio seinen Irrthum einsieht. *L. 12. § 3. D. de bon. lib.* (38, 2). *Ulp.* Si quis, cum esset exheredatus, pronuntiatus vel perperam sit exheredatus non esse, non repellitur: rebus enim iudicatis standum est. Die Pronuntiatio hatte das Testament wegen Präterition des Suus für null erklärt; die Erbschaft soll diesem restituirt werden, obgleich es sich zeigt, daß er exheredirt, das Testament also gültig ist. Vgl. auch *L. 11. § 3. D. de iureiur.* (12, 2).

4) *L. 14. D. h. t. Cels.* Quod iussit vetuitve Praetor, contrario imperio tollere potest (*cf. L. 58. D. de iud.* 5, 1 Iudicium solvitur vetante eo, qui iudicare iusserat), de sententiis (*sc. ipsius Praetoris vel iudicis ab eo dati*) contra. *Cod. Iust.* 7, 50. *sententiam rescindi non posse.*

aus dem Urtheil Rechte erworben sind, die ihnen nicht willkührlich wieder entzogen werden können, auch die Würde des Staats es verlangt, daß was einmal in seinem Namen für wahr und recht erkannt ist, als wahr und recht gelten müsse [5]). Deshalb ist jedes spätere Urtheil, welches mit dem frühern in Widerspruch steht, eben so wohl, wie wenn es gegen ein Gesetz verstieße, null [6]). Nur Berichtigung in Nebenpunkten, welche die Ausführung des Urtheils betreffen, ist in der Executionsinstanz möglich [7]). Der Rechtsstreit ist also durch das Urtheil definitiv beendigt; die Römer bezeichnen dieß durch res iudicata [8]), und wir nennen dieß die Rechtskraft des Erkenntnisses. Die dafür sprechenden Gründe der Zweckmäßigkeit bedürfen keines Beweises. Denn wohin würde es führen, wenn der entschiedene Rechtsstreit immer wieder von Neuem angeregt werden könnte? Die allgemeine Rechtsunsicherheit wäre ein größeres Uebel als das materielle Unrecht im einzelnen Fall [9]). Handelt es sich doch überhaupt nur um ein zeitliches Recht, soweit es erkennbar ist, und das letzte Urtheil bleibt einem höheren Richter überlassen [10]).

5) S. oben § 52 Note 1. 2, § 103 Note 2. *L. 205. D. de reg. iur.* (50, 1). *Ulp.* Res iudicata pro veritate accipitur. *L. 3. pr. D. de lib. agn.* (25, 3). *Ulp.* Placet eius rei iudicem ius facere. *L. 17. § 1. D. de inoff. test.* (5, 2). *Paul.* — creditur ius ex sententia iudicis fieri. *L. 50. § 1. D. de leg.* 1. (30). *Ulp.* — ius facit haec pronuntiatio, quod attinet ad ipsius personam. *L. 65. § 2. D. ad SC. Treb.* (36, 1). *Maecian.* — publice interest, propter rerum iudicatarum auctoritatem.

6) *L. 9. C. I. de sent. et int.* (7, 45). *L. 1. C. I. sententiam rescindi* (7, 50). *L. 1. C. I. quando provocare* (7, 64).

7) *L. 1. § 1. D. quae sent. sine app.* (49, 8). *Macer.* Vgl. oben § 110 Note 37. — error computationis — citra provocationem corrigitur. Das Erkenntniß über die einzelnen Schuldposten ist als Urtheil rechtskräftig; die summirende Condemnation wird durch den Prätor oder den Judex, der über die actio iudicati erkennt, berichtigt. *cf. L. 2. C. I. de re iud.* (7, 52). Ueber *Paul.* V. 5ª. § 11 vgl. unten § 118. *cf. L. 42. L. 46. D. h. t.* und oben § 62 Note 23.

8) *L. 1. D. h. t. Modestin.* Res iudicata est, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit.

9) *L. 6. D. de exc. rei iud.* (44, 2). Vgl. Savigny cit. § 280.

10) *Plautus Rudens Prol.* 19. Iterum ille (*sc. Iuppiter*) rem iudicatam iudicat.

Diese Wirkung des Urtheils als des förmlichen Endpunktes des Prozesses wird von der römischen Jurisprudenz an die Wirkung der Litis Contestatio als seines förmlichen Anfangspunktes (§ 103) in der Art angeknüpft, daß sie dieselbe erfüllt und somit an ihre Stelle tritt. Sie ist daher wie diese eine negative und eine positive und wird, insofern sie durch den in der Litis Contestatio erklärten Willen der Partheien herbeigeführt ist, einem Vertrag und zwar der Novation verglichen [11]). Denn wenn der Kläger vor der Litiscontestation ein DARE OPORTERE behauptete, so wird es durch dieselbe in einem legitimum Judicium aufgehoben und ihm das CONDEMNARI OPORTERE substituirt; dieses aber erfüllt sich in der Condemnation und macht dem IUDICATUM FACERE OPORTERE Platz [12]).

In diesem Sinn ist nun die negative und die positive Wirkung der Res judicata näher zu bestimmen.

I) Die negative Wirkung entspricht in jeder Beziehung derjenigen, welche schon die Litiscontestation bewirkt hat. Wenn mit einer persönlichen Klage, durch eine Formula in Jus concepta und in einem legitimum Judicium geklagt ist, so wird durch die Litiscontestation die ursprüngliche Forderung des Klägers, dann durch die Res judicata die Litis Contestatio in ihrer positiven Wirkung, das Judicium als obligatorisches Verhältniß, ipso iure aufgehoben. In allen andern Fällen consumirt jene das Klagrecht nur indirect, durch die exceptio

11) *L. 3. § 11. D. de peculio* (15, 1). *Ulp.* Idem (*sc. Papinianus*) scribit, iudicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat; etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut [in] stipulatione contrahitur, ita iudicio contrahi: proinde non originem spectandam sed ipsam iudicati velut obligationem. *L. 3. pr. C. I. de usur. rei iud.* (7, 54). *Iustinian.* — Si enim novatur iudicati actione prior contractus *rel.*

12) *Gai.* III. § 180. — obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem reus teneri litis contestatione: sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa iudicati teneri; et hoc est, quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem iudicatum facere oportere.

rei in iudicium deductae [13]), welcher nun die exceptio rei iudicatae an die Seite tritt [14]). Und zwar alles dieß sowohl im Fall eines condemnatorischen als eines absolutorischen Urtheils, also ohne Rücksicht auf dessen Inhalt, nur vermöge des formalen Grundsatzes: bis de eadem re agere non licere.

II) Die positive Wirkung dagegen knüpft sich immer an den Inhalt des Urtheils, also zunächst

A) an die Condemnation und wird allgemein durch IUDICATUM FACERE OPORTERE bezeichnet. Es ist die obligatio iudicati, die, weil sie eine vollständige, durch Klage und Einrede wirksame Forderung ist, auch actio iudicati genannt werden kann [15]).

1) Ihr Grund ist die formell gültige Condemnation [16]), die eine neue causa debendi bildet [17]), so daß auf den Grund und die Natur der ursprünglichen Klage, sie mag in rem oder in personam, ex contractu oder ex maleficio gewesen sein, nicht zurückgegangen werden kann [18]). Nur ausnahmsweise werden gewisse Exceptionen, die dieser entgegenstanden, oder andere Bestimmungen derselben zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten auf die neue Obligation übertragen [19]).

13) S. oben § 103 Note 22. 27. 28.

14) Daselbst Note 31.

15) S. Note 11. 12. Wir würden mehr über sie wissen, wenn die Worte des Edicts uns vollständig und unverfälscht erhalten, oder wenn ihre Formula uns überliefert wäre. S. *L. 4. § 3. L. 5. pr. D. h. t.* und unten Note 16. 20. 28.

16) *L. 4. § 6. D. h. t. Ulp.* CONDEMNATUM accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat. ceterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est condemnationis verbum non tenere. S. die Edictsworte in *L. 4. § 3.* und *L. 5. pr. eod. Ulp.* Ait Praetor: CUIUS DE EA RE IURISDICTIO EST, weil die Gültigkeit des Urtheils von der Competenz des Magistrats, der den Judex bestellt oder selbst erkannt hat, abhängt. *cf. Paul.* V. 5a. § 1.

17) *Gai. cit.* Note 12. incipit ex causa iudicati teneri. *L. 9. § 8. fin. D. de peculio* (15, 1). *L. 2. § 8. D. de her. vind.* (18, 4).

18) *L. 3. § 11. D. cit.* Note 11. non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem. *L. 35. D. de nox. act.* (9, 4).

19) Die privilegirten Exceptionen: exceptio SC. Macedoniani und Velleiani *L. 11. D. de SC.*

2) Ihr Gegenstand ist die in der Condemnation ausgesprochene bestimmte Summe Geldes, deren Zahlung der Schuldner regelmäßig durch keine andere Art der Befriedigung abwenden kann [20]). Der Zahlungstermin tritt nicht, wie bei Contracten, in Ermanglung ausdrücklicher Befristung unmittelbar nach der Condemnation ein, sondern der Schuldner genießt noch, um baares Geld anzuschaffen, die gesetzliche Frist (tempus iudicati), welche ihm theils durch die Zwölf Tafeln, theils nach Vorschrift des Edicts gewährt wird [21]). Innerhalb derselben kann der Gläubiger nicht klagen, wohl aber compensiren [22]).

Maced. (14, 6), das s. g. beneficium competentiae *L. 41. § 2. D. h. t. Paul.* In solidum condemnatus donator actione iudicati, nisi in quantum facere potest, non tenetur. *cf. L. 33. pr. D. de donat.* (39, 5). *Hermog.* causam et originem — praevalere, und das s. g. beneficium cedendarum actionum. *L. 1. § 18. L. 20. § 1. D. de tut. act.* (27, 3). *L. 41. § 1. D. de fideiuss.* (46, 1). — Andere Bestimmungen zu Gunsten des Klägers, das s. g. privilegium exigendi *L. 29. D. de novat.* (46,2). *L. 22. D. de tut. act.* (27, 3), das Pfandrecht *L. 13. § 4. D. de pign.* (20, 1); zu Gunsten des Beklagten, die noxae datio *L. 6. § 1. D. h. t.*

20) *L. 4. § 3. D. h. t. Ulp.* Ait Praetor: CONDEMNATUS, UT PECUNIAM SOLVAT. (Von Tribonian verändert, weil zu seiner Zeit nicht immer auf Geld condemnirt wurde; es hieß wie im Folgenden: neque eo nomine satisfaciat, ursprünglich: NISI PECUNIAM SOLVAT *sc.* IUDICIUM IN DUPLUM DABO. Anders Rudorff in Zeitschr. für gesch. RW. XIV. S. 303 Note 18). A iudicato ergo hoc exigitur, ut pecuniam solvat. *cf. sqq.* und *§ 4.*, wo Einschränkungen dieser Regel anerkannt werden. Für die Regel s. noch *L. 37. § 6. D. de op. lib.* (38, 1) und die Ausnahme in *L. 16. § 6. D. de pign.* (20, 1). Auch durch die noxae datio, wenngleich der Judex nicht darauf erkannt hat, wird der Schuldner liberirt, weil sie sein gesetzliches Recht ist. *L. 4. § 8. L. 6. § 1. D. eod. L. 69. D. de solut.* (46, 3). Andere Arten der Liberation mit Bewilligung des Klägers in *L. 4. § 7. L. 7. D. h. t.*

21) *Gai.* III. § 78. iudicatorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto Praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. *L. 21. D. de iudic.* (5, 1). *L. 1. D. iudicatum solvi* (46, 7). Für die dreißigtägige Frist der Zwölf Tafeln (tempus legitimum) s. *Gell.* XXI, 42—45. *L. 3. § 5. L. 7. D. h. t. L. 1. C. l. de usur. rei iud.* (7, 54). In dem Edict hatte sich der Prätor vorbehalten, die Frist zu verlängern; die Ansetzung einer kürzeren Frist fand wohl nur in extraordinären Sachen statt. *L. 2. L. 31. D. h. t.* Wie es zu halten, wenn der Geschworne im Urtheil einen Zahlungstermin gesetzt, s. in *L. 3. § 5. eod.*

22) *L. 16. § 1. D. de compens.* (16, 2).

Nach Ablauf der Frist erweitert sich die Schuld durch den Lauf gesetzlicher Zinsen, welche 24 Prozent betragen [23]).

3) So steht die Klage dem zu, zu dessen Gunsten die Condemnation ausgesprochen worden, und gegen den, welchen sie betroffen hat. Wie es gehalten wird, wenn der Eine oder der Andere alieno nomine aufgetreten ist, haben wir früher gesehen [24]). Als reipersecutorische Klage geht sie activ und passiv auf den Erben über und ist nicht an eine bestimmte Verjährungszeit gebunden [25]).

Dieß ist das materielle Recht der obligatio und actio iudicati. Was nun ihre prozessualische Behandlung betrifft, so kommt zwar nicht mehr die alte Legis Actio per manus iniectionem zur Anwendung [26]). Aber der Prätor in seinem Edict hat an Stelle derselben eine Actio zu geben versprochen. Da das Bedürfniß einer solchen nach der allgemeinen Beseitigung der Legis Actiones durch die Lex Aebutia empfunden werden mußte, so vermuthe ich, daß der Prätor im Fall der Condemnation in einem legitimum Judicium eine actio ad legis actionem expressa gab, welche durch eine der Formula eingerückte Fiction der manus iniectio sich in ihrer Intentio den Bedingungen derselben anschloß [27]); daß er aber in Folge eines Judicium quod imperio continetur die Intentio in factum concipirte, und in beiden Fällen die Condemnatio auf das Duplum des Judicats und dessen gesetzliche Zinsen

23) *L. 1. C. I. de usur. rei iud.* (7, 54). *Antonin.* — ut qui post legitimum tempus placitis non obtemperaverit, usuram [centesimam] temporis, quod postea fluxerit, solvat. *cf. L.* 2. *eod. Iustinian.* priscis legibus, quae duas centesimas inferebant. Der Judex darf im Urtheil nicht Zinsen auferlegen. *L. 1. § 2. D. de usuris* (22, 1). Während des tempus iudicati werden überhaupt keine Zinsen prästirt. *L. 3. § 1. eod. L. 3. pr.* geht auf die extraordinaria cognitio.

24) S. oben § 100 S. 438 folg.

25) *Paul.* I. 2. § 4. *L. 6. § 3. D. h. t.* Das tempus iudicati läuft für den Erben fort. *L. 29. D. h. t.* Vgl. auch *L. 7. D. fam. erc.* (10, 2).

26) *Gai.* IV. § 25. idque, quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur: unde nostris temporibus is, cum quo iudicati — agitur, iudicatum solvi satisdare cogitur.

27) S. oben § 96 Note 15.

richtete [28]). Hieraus würde sich erklären, warum die Klage, obgleich im ersten Fall eine actio legitima, allgemein als eine prätorische behandelt wird [29]).

Zu dieser Formula und einem danach angeordneten Judicium kam es freilich nur, wenn der Beklagte aus factischen oder rechtlichen Gründen seine Verpflichtung zur Zahlung des Judicats ableugnete, was ihm durch die drohende poena dupli [30]) und die Bestellung der satisdatio iudicatum solvi [31]) erschwert wurde, beides, um die frivole Bestreitung rechtskräftig anerkannter Ansprüche zu verhüten. War er aber zu dieser Defensio nicht bereit, so verfügte der Prätor gegen ihn, wie gegen jeden Indefensus, die Missio in Bona und Bonorum Venditio, wodurch der Kläger dann mittelbar seine Befriedigung erhielt [32]). Nur in diesem Sinn kann nach dem Jus ordinarium, insbesondere nach den Bestimmungen des Edicts, die actio iudicati als das die Vollstreckung des Urtheils herbeiführende Rechtsmittel angesehen werden. In der Kaiserzeit freilich wurde der Prätor durch Rescripte ermächtigt, durch Pfändung (pignoris capio) das Judicat direct beizutreiben [33]).

28) Elemente zur Construction der beiden Formeln enthalten die Legis Actio *Gai.* IV. § 21., die Worte des Edicts *L. 4. § 3. D. h. t.* Note 20, und der solenne Ausdruck iudicatum facere oportere *Gai.* III. § 180. *L. 6. D. de feriis* (2, 12). *L. 45. § 1. D. de iud.* (5, 1). *L. 35. D. de nox. act.* (9, 4). *L. 45. D. de fideiuss.* (46, 1), welcher der Zinsen wegen eine formula incerta andeutet. — Die actio ad legis actionem expressa könnte gelautet haben: QUOD N. N. A. A. SESTERTIUM X MILIA CONDEMNATUS EST: SI A. A. N. N. MANUS INIECISSET: TUM QUIDQUID N. N. A. A. DARE FACERE OPORTERET: EIUS IUDEX N. N. A. A. DUPLUM CONDEMNA. Die in factum actio: SI PARET N. N. A. A. SESTERTIUM X MILIA CONDEMNATUM ESSE EAMQUE PECUNIAM INTRA LEGITIMUM TEMPUS SOLUTAM NON ESSE: QUANTI EA RES ERIT, TANTAE PECUNIAE DUPLUM IUDEX N. N. A. A. CONDEMNA.

29) Z. B. in der Bemerkung, daß sie rei persecutoria und perpetua sei. *L. 6. § 3. D. h. t. cf. L. 35. D. de obl. et act.* (44, 7). S. auch oben § 100 Note 134.

30) *Gai.* IV. §§ 9. 171. *Paul.* I. 19. § 1. *L. 7. D. de solut.* (46, 3). *Cic. pro Flacco* 21. Vgl. unten § 118.

31) *Gai.* IV. §§ 25. 102. *L. 8. § 3. D. de novat.* (46, 2). *Seneca de benefic.* IV. 12.

32) S. oben § 106 und unten § 114.

33) S. § 115. Nicht ganz richtig ist es daher, wenn Keller, L. C. und Urtheil S. 202, Civilpr. S. 304 die actio iudicati als „Klage auf Execution" bezeichnet.

B) Durch die Condemnation und Absolution ist aber, wie oben (§ 110) bemerkt wurde, der Inhalt des Urtheils nicht erschöpfend bezeichnet und deshalb seine positive Wirkung nicht auf die obligatio und actio iudicati beschränkt. Bei Präjudicialklagen, durch welche Standes- und Familienrechte verfolgt werden, wird die Behauptung des einen oder andern Theils durch eine Pronuntiatio anerkannt oder verworfen; bei den in rem actiones findet eine solche Pronuntiatio regelmäßig neben der Condemnation oder Absolution statt; und bei Klagen aller Art kann der Geschworne mehr oder weniger Elemente des Rechtsstreits in seinem Urtheil berühren. Auch in diesen Fällen muß, was er im Namen des Staats ausgesprochen hat, fortan wenigstens unter den Partheien, die dazu mitgewirkt haben, für wahr gelten; es ist ihnen das Recht erworben, sich später darauf zu berufen, die Pflicht für sie begründet, es anzuerkennen. Das Rechtsmittel, wodurch dieß bewirkt wird, ist nicht die actio iudicati, überhaupt keine Klage, sondern die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function[34]).

Diese positive Function wird freilich bestritten und behauptet, die negative, das Consumtionsprincip, nach der Regel: bis de eadem re ne sit actio, reiche für das praktische Bedürfniß und zur Erklärung aller in den Quellen vorkommenden Anwendungen dieser Einrede aus; auch sei es undenkbar, daß die römischen Juristen den Unterschied beider Functionen, wenn er begründet wäre, nicht bemerkt und ausgesprochen haben sollten, und daß die Formel für beide dieselbe gewesen sei[35]).

34) *Dig.* 44, 2. *de exceptione rei iudicatae.* Keller, L. C. und Urtheil §§ 27—30. 32—36. 44—49. 70—72. Vgl. oben § 103 Note 39. Ich finde keinen Grund, von Keller's Bezeichnung der beiden Functionen abzugehn; doch werde ich der Kürze halber auch von Consumtion und Rechtskraft sprechen.

35) Schon Puchta cit. identificirt beide Functionen, ohne (merkwürdiger Weise) Keller zu berücksichtigen. Bekker cit. § 2 S. 13 folg. § 10 S. 132 folg. beschäftigt sich ausführlich mit dessen Widerlegung, muß aber dennoch in einzelnen Fällen die positive Function zulassen. Dagegen s. im Allgemeinen Keller, Civilpr. § 72

Allein, wer aus Gaius die negative Function der exceptio rei iudicatae kennen gelernt hat, kann bei unbefangener Lesung der auf dieselbe Einrede bezüglichen Pandektenstellen sich unmöglich der Wahrnehmung entziehen, daß einige derselben zwar eben jene vom Inhalt des Urtheils unabhängige Wirkung der Res judicata, die Consumtion des Klagrechts, andere aber eben so bestimmt diese zweite, durch welche der Inhalt des Urtheils in weiterem Kreise geltend gemacht wird, bezeugen. Eine andere Fassung der Exceptio war auch in der Regel nicht nothwendig und der Gegensatz dadurch hinreichend bezeichnet, daß im ersten Fall die exceptio rei in iudicium deductae mit ihr concurrirt [36]), während sie im zweiten Fall für sich allein steht. Nach Beseitigung dieser zweiten Einrede in ihrer selbständigen Bedeutung aber waren die Compilatoren der Pandekten veranlaßt, jede Spur derselben zu tilgen, ohne freilich zu bedenken, daß der Unterschied der beiden Functionen der exceptio rei iudicatae in dem überlieferten Rechtssystem unvertilgbar war und daß durch Nichtbeachtung desselben viele Excerpte aus den Schriften der alten Juristen unverständlich oder widersprechend werden mußten [37]).

Zur Geschichte des Gegensatzes ist zu bemerken, daß er in der Zeit der Legis Actiones nicht bestand, weil vermöge der Duplicität aller dinglichen Klagen die Consumtion durch die einmalige Legis Actio für beide Theile eintrat, eine von dieser verschiedene Berufung auf den Inhalt des Urtheils also keinen

folg. und Krüger, Consumtion § 20.

36) Wie denn Gaius, der in seinem compendiarischen Institutionensystem bei der Aufhebung der Schuldverhältnisse (III. §§ 180. *sqq.*) und dem Unterschied der iudicia legitima und quae imperio continentur (IV. §§ 103. *sqq.*) nur die Consumtion zu besprechen veranlaßt war, diese Einrede stets neben ihr nennt, während Pandektenstellen, z. B. *L. 15. D. h. t.*, beweisen, daß ihm die positive Function der exc. rei iudicatae wohl bekannt war.

37) Vgl. oben § 103 Note 47 55 und die folgenden Belege. Die emblemata oder omissiones Triboniani sind freilich ein bequemes, häufig mißbrauchtes Hülfsmittel schlechter Exegese; hier aber der sonst unvermeidlichen Annahme, daß den juristischen Classikern dieser Unterschied nicht zum Bewußtsein gekommen sei, vorzuziehen.

Raum fand [38]), und auch bei persönlichen Klagen, namentlich wegen Mangels aller Exceptionen, davon keine Rede war [39]). Im Formularprozeß aber konnte der Unterschied deshalb längere Zeit unbemerkt bleiben, weil der allgemeine Begriff von praeiudicium und die Autorität, welche jeder frühere Ausspruch eines Geschwornen auf andere ausübte, die positive Function der exceptio rei iudicatae deckte [40]). Daß er aber in den auf uns gekommenen Fragmenten der juristischen Classiker sich nicht in seiner Allgemeinheit ausgesprochen findet [41]), ist ihm mit manchem andern Rechtsprincip gemein [42]).

Welches sind nun die Bedingungen der exceptio rei iudicatae in dieser positiven Function, oder in welchem Umfang kann der Inhalt der richterlichen Entscheidung durch sie gegen jede spätere Anfechtung aufrecht erhalten werden? Die Regel, welche Julianus aufstellt und die späteren Juristen befolgen, ist:

> Exceptio rei iudicatae obstat, quotiens (1) eadem quaestio (2) inter easdem personas revocatur [43]).

1. Die objective oder sachliche Bedingung ist also, daß dieselbe Frage (eadem quaestio), die in dem früheren

38) Vgl. oben § 40 und §§ 89. 90 und Krüger cit. S. 152 folg.

39) S. unten Note 78.

40) S. oben § 99 Note 76. Der Unterschied von praeiudicium als Beweismittel, wovon *Quintil.* V. 2., und praeiudicium als Wirkung der res iudicata mittelst der exceptio rei iudicatae, welche den Beweis überflüssig macht (*L. 63. D. de re iud.* 42, 1. *L. 1. D. h. t.*), mußte den Juristen zum Bewußtsein kommen, sobald sie den Umfang der letzteren zu bestimmen veranlaßt waren. So schon Q. Mucius Scävola und nach ihm Labeo. *L. 29. § 1. D. de statu lib.* (40, 7). Irrthümlich wird hierher gezogen *Cic. pro Flacco* 21., wo M. Gratidius, der Legat des Q. Cicero, dem Heraklides die Vindication der Sklaven nicht gestattete, welche dieser selbst dem Hermippus ex causa iudicati in solutum gegeben, also verkauft hatte, die Anfechtung des Judicats selbst aber nur durch in duplum revocatio zulassen wollte. Den allgemeinen Grundsatz sprach am bestimmtesten Julianus aus in *L. 3. L. 7. § 4. D. h. t.*; auch das Princip der Aequitas, welches ihr vor der Consumtion den Vorzug giebt, in *L. 16. eod.*

41) Auch in *L. 6. D. h. t.* nicht angedeutet, wie Savigny cit. S. 275 meint.

42) Z. B. mit dem wichtigen Grundsatz, den nur *Gai.* II. §§ 38. *sq.* ausspricht.

43) *L. 3. L. 7. § 4. cit.*

Prozeß entschieden worden, in dem späteren bestritten wird, wo alsdann durch Berufung auf jene Entscheidung als praeiudicium der Beweis abgelehnt und die rechtlichen Folgen derselben für diese zweite Sache in Anspruch genommen werden. Es geschieht dieß, wie bemerkt, nie durch eine selbständige Klage, sondern durch die exceptio, von der hier die Rede ist, die aber unter Umständen auch als replicatio zur Unterstützung einer andern Klage dienen kann [44]). Der Unterschied dieser Einrede der Rechtskraft des Urtheils von der Einrede der Consumtion ist klar; denn diese kann nur da eintreten, wo dieselbe Sache oder Klage (eadem res, eadem actio) von Seiten des frühern Klägers zum Gegenstand eines zweiten Prozesses gemacht wird [45]). Das Verhältniß beider Functionen zu einander aber ist dieses. Häufig treffen sie zusammen, nehmlich dann, wenn auch der Inhalt des Urtheils gegen den spricht, dessen Klage consumirt ist; und dann ist ihre Unterscheidung ohne praktisches Interesse. Nur wo sie auseinanderfallen, also namentlich wo die negative Function nicht statt findet, wo die zweite Klage eine andere ist, bei dieser aber dieselbe Frage zur Sprache kommt, tritt die positive hervor; ein Fall, den Julianus deshalb ausdrücklich andeutet, in den Worten:

vel alio genere iudicii [46]).

Sie können aber auch in Conflict gerathen, und dann muß

44) S. z. B. *L. 24. D. h. t.* *Iulianus* und unten Note 52 55.

45) Den Unterschied von eadem quaestio und eadem res, als die beiden Functionen bezeichnend, hebt jetzt auch Keller, Civilpr. § 73 S. 300 bestimmter als früher hervor. Bekker cit S. 210 muß natürlich beides identificiren. Aber auch Buchka cit. S. 291 folg., obgleich er ausdrücklich anerkennt, daß die „Rechtskraft über den Kreis der im Judicium deducirten Actio hinaus ihre Wirkungen äußere", unterscheidet beides nicht; ebenso Wetzell cit. S. 421 folg. und selbst Krüger cit. S. 173. Anzuerkennen ist, daß in der Formel der Exceptio in beiderlei Function derselbe Ausdruck: SI EA RES IUDICATA NON SIT, gebraucht wurde. Vgl. z. B. *L. 9. § 1. L. 24. D. h. t.* und damit mag der schwankende Ausdruck der Juristen, z. B. in *L. 7. § 1. D. h. t.* zusammenhängen. Vgl. Krüger cit. S. 163 Note 3.

46) Daß er nicht bloß an eine andre Form des Prozesses denkt, beweist das angeführte Beispiel der hereditatis petitio und der Singularklagen der Erben.

nach strengem Recht die negative Function vorgehen; denn wenn die Klage consumirt ist, so kann auch die zu Gunsten des Klägers entschiedene Frage durch sie nicht wieder zur Entscheidung gebracht werden. Die Billigkeit kann indeß Ausnahmen begründen [47]). Uns interessiren nur die beiden letzten Kategorien, aus deren Betrachtung sich nicht nur der vollständige Beweis jener Duplicität der exceptio rei iudicatae, sondern auch ergeben wird, 1) in wie weit die Aussprüche des frühern Richters rechtskräftig werden, und 2) welche Fragen in einem spätern Prozeß dadurch mit entschieden sind.

Bei den dinglichen Klagen (in rem actiones) tritt unbestritten die Rechtskraft schon für die Pronuntiatio ein, als die eigentliche Entscheidung über das streitige Recht, welche durch das Arbitrium de restituendo und die Condemnation oder Absolution nur zur Ausführung gebracht wird.

Ist also das streitige Recht, Eigenthum, Erbrecht, Servitut, Pfandrecht u. s. w. dem Kläger zugesprochen, auch der Besitz, wenn er ihn entbehrte, officio iudicis ihm restituirt, und der Beklagte deshalb formell absolvirt, so steht diesem, wenn er später dasselbe Recht vom Kläger für sich in Anspruch nimmt, zwar nicht die exceptio rei in iudicium deductae entgegen, — denn er hat als Beklagter überhaupt nichts in Judicium deducirt und consumirt [48]), — wohl aber regelmäßig die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function. Denn indem z. B. das Eigenthum dem Kläger zugesprochen wurde, wurde es ihm, dem Beklagten, abgesprochen, weil nicht zwei zu gleicher Zeit Eigenthümer derselben ganzen Sache sein können.

47) Das hierbei zur Anwendung kommende Princip spricht Julianus aus in *L. 16. D. h. t.* Evidenter iniquissimum est, proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum est. Das Ziel des Prozesses ist für beide Theile ein günstiges Urtheil zu erlangen; es widerspricht also dem Zweck des Prozesses, wenn aus bloß formellem Grunde das Urtheil dem nützt, der ihn verloren hat.

48) Weil die in rem actio nicht mehr wie bei der Legis Actio ein iudicium duplex ist. S. Note 49. 57. Bei der Sponsionsklage galt die Condemnation zur summa sponsionis der Pronuntiatio gleich. *Gai.* IV. §§ 93. 94.

Es ist also zwar nicht direct, aber vermöge einer Schlußfolgerung aus dem Begriff des Eigenthums eadem quaestio, wenn er jetzt Eigenthümer zu sein behauptet [49]). Ebenso beim Erbrecht [50]) und bei den Servitutenklagen. Denn nachdem dem Kläger in der actio confessoria die Servitut zugesprochen ist, steht fest, daß das Eigenthum des Beklagten nicht frei sei; der actio negatoria desselben steht also die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function entgegen; und eben so umgekehrt, wenn früher mit der actio negatoria die Freiheit des Eigenthums erstritten worden ist. — Anders aber ist es mit dem Pfandrecht, welches Mehreren an derselben ganzen Sache zustehen kann. Der Beklagte kann daher die Einrede vorschützen, daß auch ihm die Sache, und zwar gleichzeitig oder früher, verpfändet sei, und nur wenn ihm diese aberkannt worden ist, hat er die exceptio rei iudicatae zu fürchten [51]).

Hat der Beklagte nicht restituirt und ist deshalb zur Litis Aestimatio condemnirt worden, so wird durch Zahlung derselben der Kläger befriedigt und auch aus diesem Grunde die erneuerte Klage ausgeschlossen.

Hier sind jedoch einige anomale Fälle zu erwähnen, wo ein Conflict der beiden Principien, der Consumtion und der Rechtskraft, eintritt und aus Billigkeitsgründen letzterer der Vorzug gegeben wird. Es sind folgende:

1) Das Eigenthum ist dem Kläger zugesprochen, der Be-

49) *L. 40. § 2. D. de procur.* (3, 3). *Ulp.* mit Berufung auf Julianus: — nam cum iudicatur rem meam esse, simul iudicatur illius non esse. *L. 30. § 1. D. h. t. Paul. vers.* Respondi. Nirgends wird ein positives Urtheil für den Beklagten erwähnt, weil er nicht contravindicirt.

50) *L. 15. D. h. t. Gai.* — si meam esse (*sc. hereditatem pronuntiatum sit*), nocebit tibi rei iudicatae exceptio: quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, tuam non esse.

51) *L. 19. D. h. t. Marcell.* — Si opposuerat exceptionem rei sibi ante pignoratae —: sine dubio obstabit (*sc. exceptio rei iudicatae*): eandem enim quaestionem revocat in iudicium. *L. 30. § 1. eod. Paul. vers.* Cum autem pignoraticia. Der entgegengesetzte Fall, wenn die Einrede gar nicht vorgeschützt oder doch darüber nicht entschieden ist: de iure possessoris quaesitum non est.

klagte mußte aber absolvirt werden, weil es sich jetzt erst, da er restituiren soll, zeigt, daß er gar nicht besaß. Nachher bekommt er den Besitz und der Kläger erneuert seine Klage. Gegen die exceptio rei iudicatae (vel in iudicium deductae), die freilich streng genommen nicht begründet ist, denn der nun erworbene Besitz macht es zur alia res, kann der Kläger dieß dahin gestellt sein lassen und de re secundum se iudicata repliciren [52]). Denn es wäre unbillig, d. h. nur formell, nicht materiell gerechtfertigt, wenn das frühere Urtheil dem zu Gute käme, der jenen Prozeß verloren hat [53]).

2) Das Pfandrecht ist dem Kläger zugesprochen und der Beklagte, weil er nicht restituirte, zur Litis Aestimatio condemnirt. Der Kläger könnte diese mit der actio iudicati einklagen; da aber sein Pfandrecht an der Sache noch besteht [54]), so zieht er vor, diese in Anspruch zu nehmen. Nach strengem Recht kann er dieß nicht, denn die actio hypothecaria, die er deshalb anstellen muß, ist consumirt; ex aequitate aber wird es ihm gestattet, und er soll gegen die exceptio rei iudicatae (vel in iudicium deductae) gleichfalls de re secundum se iudicata repliciren können [55]).

Es sind dieß aber Ausnahmefälle, die nicht generalisirt werden dürfen, weil, wie wir gleich sehen werden, in der Regel die Consumtion vorgeht [56]).

52) *L. 9. § 1. D. h. t. Ulp.* Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit, re secundum petitorem iudicata an restituere cogatur? Et ait Neratius, si actori iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicatae (*vel in iudicium deductae*), replicare eum oportere de re secundum se iudicata. Vgl. Keller cit. § 71, dem ich nur darin nicht beistimme, daß er Consumtion annimmt. S. oben § 103 Note 51.

53) S. Note 47.

54) *L. 13. § 4. D de pign.* (20, 1).

55) *L. 16. § 5. D. eod. Marcian.* Creditor hypothecam sibi per sententiam adiudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium eius vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest, et si exceptio obicitur rei iudicatae (*vel in iudicium deductae*), replicet, si secundum me iudicatum non est. *cf.* § 6. Vgl. Keller cit. § 72.

56) Einen analogen Fall enthält *L. 7. § 1. D. de doli exc.* (44, 4), wo der Beklagte cautio

4 7

Ist bei der in rem actio für den Beklagten gesprochen, so ist das Urtheil in der Regel ein rein negatives, z. B. der Kläger sei nicht Eigenthümer, nicht Erbe u. s. w. Der Beklagte kann daher dasselbe Recht später durch Klage gegen den früheren Kläger verfolgen; die Consumtion steht ihm nicht entgegen, weil er nicht geklagt hatte, und die Rechtskraft nicht, weil das Urtheil ihm günstig war. Den Beweis seines Rechts aber wird er bei dem vorausgesetzten rein negativen Inhalt des Urtheils führen müssen [57]).

Anders ist es in dieser Beziehung bei den Servitutenklagen, wo das dem Beklagten günstige Urtheil in der actio confessoria die Freiheit seines Eigenthums, in der actio negatoria eine ihm zustehende Servitut aussprechen kann [58]). Desgleichen bei der actio hypothecaria, wenn der Beklagte die exceptio rei sibi ante pignoratae bewiesen hat [59]), und ohne Zweifel auch bei der Publiciana in rem actio rücksichtlich der exceptio dominii [60]).

Daß der Kläger, dem das behauptete dingliche Recht abgesprochen wurde, es mit derselben Klage aus doppeltem Grunde, wegen deren Consumtion und wegen der Rechtskraft des Urtheils, nicht verfolgen kann, versteht sich von selbst. Bemerkenswerth aber sind die Fälle, wo diese beiden Principien auseinandergehen.

de restituendo gestellt hatte und deshalb absolvirt war. Der Kläger soll die Sache nur deshalb nicht vindiciren können, weil er zugleich die poena stipulationis fordert. Ließe er diese also fahren, so könnte ihm gegen die Einrede, seine Klage sei consumirt, in derselben Weise geholfen werden.

57) *L. 15. D. h. t. Gai.* — si vero meam non esse (*sc. hereditatem pronuntiatum sit*), nihil de iure tuo iudicatum intellegitur; quia potest nec mea hereditas esse, nec tua. *L. 30. § 1. eod. Paul. vers.* possessor. — non obesset exceptio: nihil enim in suo (?) de iure eius statutum videretur. Daß von Consumtion keine Rede sein kann, setzen beide Juristen voraus.

58) S. oben § 92 S. 257.

59) *Arg. e contrario L. 19. L. 30. § 1. cit.* Note 51.

60) Den umgekehrten Fall, wo das Urtheil gegen den Vindicanten die replicatio rei iudicatae gegen die exceptio dominii begründet, enthält *L. 24. D. h. t.* abermals von Julianus.

1) Mit Rücksicht auf das Object der Klage (idem corpus). In der Consumtion ist mit dem Ganzen auch der Theil begriffen, und der Kläger, dem z. B. der vindicirte Fundus abgesprochen worden, kann, wenn er dann einen Locus desselben vindicirt, gegen die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae sich nicht darauf berufen, daß dieser ein Anderes und deshalb ihm nicht aberkannt sei [61]). Ist freilich der Theil einer Sache anderer Art, z. B. ein Baum oder ein Baumaterial, so steht der Vindication desselben nach der Trennung weder die Consumtion, noch die Rechtskraft entgegen [62]). Anders wenn nach der Litis Contestatio der Sache etwas zuwächst, z. B. der partus ancillae oder die insula in flumine nata. Die Consumtion steht der Vindication der Accessio nicht entgegen, wohl aber die Rechtskraft des Urtheils, weil mit der Entscheidung über das Eigenthum der Hauptsache auch über das Eigenthum der Accessio entschieden ist [63]). Desgleichen wenn dem Kläger das ius altius tollendi usque ad decem pedes abgesprochen ist, und er es für die zehn höheren Fuß in Anspruch nimmt, kann ihm nicht Consumtion, wohl aber die Rechtskraft entgegen gehalten werden, weil dieß zweite Recht nicht ohne jenes erste gedacht werden kann [64]).

2) Mit Rücksicht auf dasselbe Recht (idem ius). Die (hereditatis petitio) und die Klagen auf einzelne Erbschafts-

61) *L. 7. pr.* bis zu Item si quis. *L. 21. § 1. D. h. t.* Der Beklagte hingegen kann später den Locus vindiciren, weil er nichts in Judicium deducirt hat und nur der Fundus ihm abgesprochen ist.

62) *L. 7. pr. vers.* Item si quis *§ 2. D. h. t.* Der Widerspruch wird durch die von Savigny cit. S. 501 folg. vorgeschlagene Abtheilung gehoben.

63) *L. 7. § 1. D. h. t.* Indem Ulpian diese Entscheidung mit den vorstehenden zusammenwirft, ist er von einer Vermischung beider Functionen nicht freizusprechen, wenn nicht Tribonian die Schuld trägt. Für insula in flumine nata s. *L. 26. § 1. eod.*), für Alluvion *L. 33. § 1. D. de usufr.* (7, 1). Die Entscheidung Ulpian's über die Früchte in *L. 7. § 3. D. h. t.* sucht Savigny cit. S. 508 durch Streichung des non, Krüger cit. S. 164 durch eine zweifelhafte Erklärung zu retten. Daß die Restitution und Aestimation die exceptio rei iudicatae begründen soll, scheint mir entschieden die Verstümmelung der Stelle zu beweisen.

64) *L. 26. pr. D. h. t.*

stücke, in rem oder in personam, stehen nicht in dem Verhältniß gegenseitiger Consumtion zu einander. Aber wenn dem Kläger das Erbrecht in der einen abgesprochen ist, so steht ihm die Rechtskraft dieses Urtheils vermöge der exceptio rei iudicatae in der andern entgegen [65]). Ebenso im Verhältniß der rei vindicatio oder hereditatis petitio zu der actio communi dividundo oder familiae erciscundae [66]); und nach dieser Analogie auch bei der actio confessoria in Bezug auf das Eigenthum am herrschenden Grundstück und die Vindication desselben [67]). Denn in allen diesen Fällen wird dieselbe Frage (eadem quaestio), wenn auch durch eine andere Klage (vel alio genere iudicii), zur Entscheidung gestellt. Daß sie in der einen Sache nur eine Präjudicialfrage, in der

65) *L. 3. L. 7. §§ 4. 5. D. h. t.* Ich nehme mit Keller cit. S. 275 folg. an, daß auch die Vindication auf Erbrecht gegründet wurde. Die Schlußworte: nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci, drücken eine Voraussetzung der Entscheidung aus; denn nur insofern die einzelnen Sachen einen Theil der Erbschaft bilden, ist eadem quaestio möglich. Buchka cit. S. 297 folg. nimmt Consumtion an, weil „die Restitutionspflicht" beiden Klagen gemein ist; im Widerspruch mit allem Andern, was wir über Consumtion wissen. Krüger cit. S. 168 desgleichen wegen desselben „Anspruchs", ein Begriff, für den die Römer keinen Namen haben und der juristisch unbestimmbar ist.

66) *L. 8. D. h. t. Iulianus.* Item parte fundi petita familiae erciscundae vel communi dividundo agit: aeque exceptione summovebitur. *L. 11. § 3. eod. L. 25. § 8. D. fam. erc.* (10, 2). Vgl. Keller cit. S. 364 folg. Consumtion ist hier unmöglich; soll doch die Theilungsklage durch die Vindication oder hereditatis petitio regelmäßig vorbereitet werden.

67) Buchka cit. S. 303 und Krüger cit. S. 171. 188 behaupten für den Fall, daß die actio confessoria vorausging, das Gegentheil wegen *L. 17. D. de exc.* (44, 1). *Paul.* Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petat, quia et diversa corpora sunt et causae restitutionum dispares, non nocebit exceptio. Daß das Fragment sich ursprünglich nicht, wie nach der unrichtigen Stellung zwischen *L. 16.* und *L. 18.* die Compilatoren annahmen, auf die exceptio praeiudicii, sondern auf die exceptio rei iudicatae bezog, darüber ist man seit Cujacius einverstanden. Daß sie aber von der Consumtion und nicht von der Rechtskraft der Entscheidung über den Präjudicialpunkt, das Eigenthum am herrschenden Grundstück, handelt, scheint mir durch den angegebenen Grund gewiß. Vgl. *L. 12. D. h. t.* idem corpus. *L. 14. pr. eod.* eadem causa petendi.

andern Hauptsache ist, macht keinen Unterschied, kann nur die Reihenfolge der Entscheidung, wenn die exceptio praeiudicii vorgeschützt wird, bestimmen [68]).

Bei den Präjudicialklagen (status quaestiones) wird durch die Pronuntiatio der ganze Rechtsstreit erschöpfend entschieden, und daß auch sie, abgesehen von den eigenthümlichen Mitteln ihrer Anfechtung [69]), rechtskräftig werde und die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function begründe, ist außer Zweifel [70]). Ja diese wird dadurch besonders wichtig, daß der Stand der Person ihre übrigen Rechtsverhältnisse mehr oder weniger bedingt, also die Entscheidung über jenen auch den Klagen wegen dieser präjudicirt und umgekehrt [71]). Doch kann auch hier die selbständige Entscheidung über die Status Quaestio durch die exceptio praeiudicii oder durch Klage erzwungen werden [72]), und wenn sie als Incidenzpunkt in einer andern Sache die Competenz des Richters übersteigt, so soll dieser zwar seine Untersuchung darauf richten, aber in seinem Urtheil nicht ausdrücklich darüber erkennen [73]). Aehnlich

68) S. oben § 99 S. 400 folg. Daß die Reihenfolge auch eine andre sein konnte und dann die Entscheidung über den Präjudicialpunkt ihre Rechtskraft für die andre Sache äußerte, sagen ausdrücklich *L. 7. § 4. cit. Ulp.* — si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat. *§ 5.* si quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat vel contra. *L. 3. cit. Iulian.* si singulis rebus petitis hereditatem petat vel contra.

69) S. § 97 Note 49. 53. 77.

70) S. z. B. *L. 9. § 2. L. 42. D. de lib. causa* (40, 12). *L. 1. § 4. D. de lib. exhib.* (43, 30).

71) Vgl. unten Note 94.

72) S. oben § 99 Note 78.

73) *L. 1. C. I. de ord. iudic.* (3, 8). *Sever. et Ant.* Adite Praesidem provinciae et ruptum esse testamentum Fabii Praesentis agnatione filii docete: neque enim impedit notionem eius, quod status quaestio in cognitione vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit: pertinet enim ad officium iudicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem, quae in iudicium devocatur, examinare: quoniam non de ea sed de hereditate pronuntiat. Daß dieß Rescript in seiner ursprünglichen Fassung die Bestellung eines Judex voraussetzte, der in dieser Zeit nicht mehr über die status quaestio entscheiden konnte (vgl. unten § 122), bemerkt Savigny cit. S. 441 Note v. *L. 3. C. I. de iud.* (3, 1). Buchka cit. S. 301 folg. will damit beweisen, daß die Ent-

ist der Fall, da bei der Alimentenklage der Magistrat das Familienverhältniß, welches sie bedingt, zwar untersuchen, aber weil dieß nur summarisch geschieht, im Urtheil nicht darüber erkennen, also der Status Quaestio kein Präjudiz machen soll[74]).

Bei persönlichen Klagen (in personam actiones) fällt Consumtion und Rechtskraft sowohl in Folge der Condemnation als der Absolution meistens zusammen. Doch können sie auch auseinandergehen, sowohl rücksichtlich des Objects der Klage als des Klaggrundes, endlich in Bezug auf vorgeschützte Einreden.

Die Consumtion allein findet statt und schließt die Berücksichtigung der Rechtskraft aus, wenn in einem bonae fidei iudicium das Kapital dem Kläger zugesprochen ist und nun die Zinsen nachgefordert werden[75]). Das Umgekehrte tritt ein, wenn nur die Zinsen eingeklagt und die Forderung des Kapitals vorbehalten wurde. Da die Consumtion nicht stattfindet, so kommt die Rechtskraft in Frage, wobei es entscheidend ist, daß zwar eine Kapitalschuld ohne Zinsen, nicht aber Zinsen ohne eine Kapitalschuld gedacht werden können[76]).

scheidung eines Präjudicialpunktes niemals die Rechtskraft beschritten habe.

74) *L. 5. § 8. D. de agn. lib.* (25, 3). *Ulp. de officio Consulis.* Si vel parens neget filium, idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summatim iudices oportet super ea re cognoscere. si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt *rel. § 9.* Meminisse autem oportet, etsi pronuntiaverint ali oportere, attamen eam rem praeiudicium non facere veritati: nec enim hoc pronuntiatur FILIUM ESSE, sed ALI DEBERE. *§ 18. L. 10. D. de his qui sui* (1,6). *cf. L. 15. § 4. D. de re iud.* (42, 1). summatim — iure ordinario. Vgl. dagegen Buchka cit. S. 305.

75) *L. 13. C. I. de usur.* (3, 32). *Alex. L. 4. C. I. depositi* (3, 34). *Gordian.* — Non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una: ex qua condemnatione facta, iterata actio rei iudicatae (*vel in iudicium deductae*) exceptione repellitur. Auf stillschweigendes Aberkenntniß ist es nicht zurückzuführen; denn dieß setzte voraus, daß sie gefordert wären. Der hier angenommene Grundsatz, daß die Consumtion in der Regel der Rechtskraft vorgehe, beseitigt die von Wetzell S. 421 Note 15 bemerkte Schwierigkeit.

76) *L. 23. D. h. t. Ulp.* Si in iudicio (*sc. stricti iuris*) actum sit, usuraeque solae petitae sint, non est verendum, ne noceat rei iudicatae exceptio circa sor-

Wenn aus derselben Thatsache verschiedene Klagrechte entspringen, so wird durch Verfolgung des einen das andere nicht consumirt. Ist aber jene Thatsache in dem einen Prozeß anerkannt, so muß dessen Rechtskraft die Untersuchung derselben Frage (eadem quaestio) in dem zweiten Prozeß überflüssig machen; wenn sie verworfen ist, die zweite Klage ausschließen [77]).

Wenn der Beklagte eine Gegenforderung durch Einrede geltend macht, so consumirt er sie nicht; wird sie ihm aber ausdrücklich aberkannt, so steht seiner Nachklage die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function entgegen [78]).

Auch bei einer persönlichen Klage, der actio ad exhibendum, wird über den Klaggrund und die Einreden nur

tis petitionem *rel.* Die Consumtion tritt nicht ein, s. oben § 103 Note 63, und das absolutorische Urtheil begründet die Einrede nicht, insofern nur die Zinsen abgesprochen wurden. In dem Folgenden: Eadem erunt, et si quis ex bonae fidei iudicio velit usuras tantum consequi: nam nihilominus futuri temporis cedent usurae: quamdiu enim manet contractus bonae fidei, usurae currunt, setzt Ulpian den Vorbehalt des Kapitals und der zukünftigen Zinsen durch eine Präscriptio voraus, die Tribonian natürlich gestrichen hat. Die Schlußfolgerung aus dem Anerkenntniß der Zinsobligation auf das Capital ist zwar nicht bezeugt, scheint mir aber durch die Analogie in Note 63. 64 gerechtfertigt. Anders Buchka cit. S. 307.

77) Nach Analogie des Eides, wo gleichfalls eadem quaestio entscheidet. *L. 28. § 4. D. de iureiur.* (12, 2). Die Schlußworte: quia per alteram actionem altera quoque consumitur, kann ich nicht als Beweis für Consumtion durch Litis Contestatio gelten lassen, obgleich selbst Keller cit. S. 242 sie daraus ableitet, während er S. 282 die folgenden §§ 5—7 und *L. 13. § 2. eod.* als Analogie für die Rechtskraft benutzt. Buchka cit. S. 312 folg. bestreitet auch diese.

78) *L. 7. § 1. D. de compens.* (16, 2). *Ulp.* Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensationem, quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio. *L. 8. § 2. D. de neg. gestis* (3, 5). *L. 1. § 4. D. de contr. tut.* (27, 4). *cf. L. 18. § 4. D. commodati* (13, 6). Auf denselben Grundsatz ist zurückzuführen *L. 18. D. de evict.* (21, 1). *Paul.* Sed et si exceptio omissa sit, aut opposita ea nihilominus evictus sit, ex duplae quoque stipulatione vel ex empto potest conveniri, nehmlich in dem Fall, si iudex exceptionis rationem non habuit, der allein dem der exceptio omissa gleichgestellt werden konnte. Anders Krüger cit. S. 189. 191. Aber wie sollte der Kauf rechtsbeständig sein, ohne den Käufer gegen die Eviction zu schützen?

summarisch untersucht und darnach die Exhibition befohlen oder verworfen [79]), nicht aber über jene definitiv erkannt; daher auch die exceptio rei iudicatae in diesen Beziehungen nicht eintreten kann.

Eine Einschränkung der Rechtskraft ist es, daß, wenn ein wirklicher Schuldner absolvirt worden und nachher aus Irrthum über das Urtheil zahlt, er die condictio indebiti nicht haben soll. Daß die Consumtion der Klage als ein formales Princip die obligatio naturalis nicht zerstöre, stand von jeher fest [80]). Dieß übertrug man dann auf die positive Wirkung des Urtheils, weil auch diese auf einer Fiction des Civilrechts beruht und mit dem wirklichen, natürlichen Recht in Widerspruch steht [81]).

Aus den angeführten Einzelentscheidungen ergeben sich für die zwei oben vorbehaltenen Fragen folgende Grundsätze:

1) Nur was der Geschworne wirklich in seinem Urtheil ausgesprochen hat, ist res iudicata, nicht was unausgesprochen seine Entscheidung bedingte oder sonst in den Verhandlungen vorgekommen ist [82]). Alles Ausgesprochene aber, es mag die

79) *L. 3. §§ 9. 13. D. ad exhib.* (10, 4).

80) S. oben § 103 Note 77 folg.

81) *L. 60. pr. D. de cond. ind.* (12, 6). *Paul.* Iulianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc iudicio, negabat solventem repetere posse: quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset. licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. Es ist bemerkenswerth, daß Julianus, der Hauptvertreter des Grundsatzes der Rechtskraft des Urtheils, diese hier leugnet, und sie in dieser Beziehung der Consumtion durch die Litiscontestation gleichstellt. *cf. L. 28. eod.* Savigny, Obligationenrecht I S. 81 folg.

82) Hierauf dehnt Savigny cit. S. 372 folg. die Rechtskraft aus. Allein, was unausgesprochen seine Entscheidung bedingte, ist unbestimmbar; und wie vielerlei in der Verhandlung vorkommen konnte, was der Judex verwerfen mußte, ohne daß dieß res iudicata wurde, deshalb vgl. z. B. die civilistischen Reden des Cicero im Anhang. Die Formula entschied zwar über die Consumtion, z. B. ob pure oder causa expressa vindicirt war, nicht aber über den Umfang der Rechtskraft. Das Urtheil über das Sacramentum oder die Sponsion war nur Sache der Form und galt der Pronuntiatio gleich. Daß das Nichtausgesprochene nicht res iudicata wird, beweisen die Fälle in Note 73. 74, wo der Richter über eine Thatsache des Klaggrundes nicht sprechen soll, damit kein Präjudiz entstehe; ebenso

streitigen Rechte oder die sie bedingenden Thatsachen betreffen, wird rechtskräftig, also alles das, was wir nach Savigny's Vorgang „Elemente des Rechtsstreits und des Urtheils" nannten [83]). Ausgeschlossen sind jedoch Rechtssätze, wenn der Judex solche in Bezug genommen haben sollte, weil er diese anzuwenden, nicht darüber zu urtheilen hat, daher sie vielmehr die Gültigkeit des Urtheils bedingen [84]); und daß die Geschwornen die Gründe ihrer Ueberzeugung rücksichtlich der bestrittenen Thatsachen nicht in das Urtheil aufzunehmen pflegten, ist oben bemerkt worden [85]). In beiderlei Hinsicht konnte also von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe keine Rede sein.

2) Die Rechtskraft jener Aussprüche kann durch Exceptio, Replicatio u. s. w. in jeder andern Sache geltend gemacht werden, wenn dieselbe Frage oder eine einfache logische Consequenz derselben zur Entscheidung kommt [86]).

Neuere Schriftsteller [87]) haben diese weitgreifende Wirkung des Urtheils um so bedenklicher gefunden, als es, wie wir gesehen, mehr oder weniger von dem Ermessen des Judex abhing, wie viel er von jenen Elementen des Rechtsstreits in sein Urtheil aufnehmen wollte [88]). Allein die thatsächliche Begründung derselben in den Quellen des römischen Rechts kann dadurch nicht erschüttert werden. Die Römer mögen daran weniger Anstoß genommen haben, weil sie überhaupt die Conformität der Geschwornenurtheile begünstigten, überdieß das strenge Prä-

in Note 78, wenn er Einreden stillschweigend verwirft, die vielleicht der Formula eingerückt, jeden Falls vorgeschützt waren.

83) S. oben § 110. Also z. B. nicht bloß hereditatem petitoris esse, sondern auch eum non exheredatum esse. *L. 2. § 3. D. de bon. lib.* (38, 2) oben Note 3 und *L. 2. C. I. quando prov.* (7, 64). iure factum testamentum; s. auch unten Note 96. 98.

84) S. oben § 109 Note 3, § 110 Note 40.

85) S. § 110 Note 39.

86) Für die logische Consequenz s. Note 49. 50. 63. 64. 76.

87) S. Wetzell cit. S. 421. 439 folg. Krüger cit. S. 179 folg. gegen Savigny cit. VI. §§ 291—293, der durch richtige Fragestellung die Lehre von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe wesentlich gefördert hat.

88) S. § 110 Note 38.

judicium eines rechtskräftigen Urtheils wie wir gleich zeigen werden, auf die Partheien beschränkt war. Eine ganz andere Frage ist freilich, ob die Grundsätze des römischen Rechts in dieser Beziehung unsern heutigen Anforderungen genügen [89]).

2. Die subjective Bedingung der Rechtskraft des Urtheils ist, daß dieselbe Frage unter denselben Personen (inter easdem personas) zur Sprache kommt. Denn nur wer als Parthei zu der Entstehung des frühern Urtheils mitgewirkt hat oder vermöge eines Repräsentations- oder Successionsverhältnisses Rechte daraus ableiten kann oder daran gebunden ist, hat die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function zu fürchten oder kann sie gebrauchen; nicht aber dritte, davon nicht berührte Personen [90]).

Auch in dieser Beziehung trifft sie regelmäßig mit der Consumtion oder der exceptio rei in iudicium deductae zusammen [91]), weshalb auf das früher bei der Litiscontestation Gesagte verwiesen werden kann [92]). In einigen Fällen aber greift sie weiter, und in diesen liegt ein neuer Beweis für die Verschiedenheit der beiden Functionen.

1) Der Bürge, der durch die Klage gegen den Hauptschuldner nicht liberirt ist [93]), kann, wenn dieser absolvirt worden, der Klage des Gläubigers, wie jede andere jenem zustehende Einrede in dessen Interesse, so auch die exceptio rei iudicatae entgegensetzen, weil sonst durch den Regreß des Bürgen dem Erfolg nach dennoch der Hauptschuldner haften würde [94]).

89) Ich bin der Meinung, daß dieß nicht der Fall sei, und daß hier eine wichtige Aufgabe der Prozeßgesetzgebung vorliege, für welche die Vorarbeit der Jurisprudenz freilich noch nicht abgeschlossen ist. Nützliche Beiträge giebt Buchka cit. Th. 2 §§ 23. 24.

90) *L. 2. C. I. quibus res iudicata non nocet* (7, 56). *Gordian.* Res inter alios iudicatae neque emolumentum afferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium solent irrogare. *L. 63. D. de re iud.* (42, 1). *L. 1. D. h. t. Cod. Iust.* 7, 60. *inter alios acta vel iudicata aliis non nocere.*

91) *L. 3. L. 11. § 7. D. h. t.* oben § 100 Note 128.

92) S. § 103 Note 91—95.

93) S. § 101 Note 80.

94) *L. 7. § 1. D. de except.* (44, 1). *L. 21. § 1. D. h. t. cf. § 4. I. de replicat.* (4, 14).

2) Die accessorische Intervention, d. h. die Theilnahme einer dritten bei dem Ausgang des Prozesses mittelbar interessirten Person an demselben, kann nach römischem Recht in doppelter Form stattfinden. Entweder die Hauptparthei, nehmlich der Beklagte, überläßt diesem Dritten die Vertheidigung selbst als seinem Vertreter (procurator in rem suam), wo ihn dann die Condemnation mit ihren Folgen direct trifft, jenem aber die exceptio rei iudicatae entgegensteht[95]); oder der Dritte unterstützt den Beklagten nur unförmlich in der Betreibung der Sache[96]). In diesem zweiten Fall oder, wenn er auch nur durch litis denuntiatio zur Theilnahme aufgefordert war, die Führung der Sache aber dem Beklagten allein überlassen hat, ist er den Inhalt des Urtheils anzuerkennen verpflichtet[97]).

3) Wenn bei Status Quaestiones der zunächst und hauptsächlich interessirte Gegner, also der Herr oder Patron dessen, der frei oder selbst freigeboren zu sein behauptet (legitimus contradictor), oder der Vater, dessen väterliche Gewalt bestritten wird, ein Urtheil herbeigeführt hat, so gilt dasselbe für alle von dem Stande dieser Person abhängige, untergeordneten Verhältnisse Dritter zu ihr, während ein Gleichberechtigter nicht

95) *L. 63. D. de re iud.* (42, 1). *Alfen. Varus.* — Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur: veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris; — aut possessor venditorem de proprietate rei emptae —: is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. Es ist dieß auf die Grundsätze prozessualischer Vertretung zurückzuführen. *L. 49. pr. D. de iud.* (5, 1). *L. 21. § 2. D. de evict.* (21, 2).

96) Adsistere und causam instruere. *L. 21. L. 23. C. I. de evict.* (8, 5). *L. 53. § 1. D. eod.* (21, 2).

97) *L. 63. cit. vers.* Nam etsi libertus — me interveniente. *L. 29. § 1. D. h. t. Pap.* Si debitor de dominio rei, quam pignori dedit, non admonito creditore, causam egerit et contrariam sententiam acceperit *rel. L. 4. § 4. D. de appell.* (49, 1). *Macer.* — si interveniente creditore debitor de pignore victus provocaverit: nam absenti creditori nullum praeiudicicium debitor facit. *L. 3. C. I. quib. res iud.* (7, 56). absenti.

daran gebunden ist[98]). Von jener vielseitigen Wirkung des Urtheils gebrauchen die römischen Juristen vorzugsweise den Ausdruck, daß es für Wahrheit gelte oder Recht mache[99]), der an sich für die Res judicata überhaupt zutreffend ist.

4) Diesem Fall verwandt ist, daß, wenn ein Testament im Prozeß gegen den eingesetzten Erben als inofficios cassirt oder aus andern Gründen für ungültig erklärt wird, das Urtheil auch gegen die Legatare und Andere, die singuläre Rechte aus dem Testament ableiten, gilt, im ersten Fall ipso iure, im andern per exceptionem rei iudicatae, weil der eingesetzte Erbe gewissermaßen das Testament vertritt und alle singulären Rechte von der Erbeseinsetzung und ihrer Ausführung abhängig sind[100]). Nur ein durch Collusion oder Contumacia des Erben oder durch Pflichtverletzung des Richters herbeigeführtes ungünstiges Urtheil soll den Legataren u. s. w. nicht schaden[101]), und um dieß abzuwenden, ist ihnen gestattet an

98) S. oben § 97 Note 51. 52. 73—75. 95. 96.

99) *L. 25. D. de statu hom.* (1, 5). *Ulp.* Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res iudicata pro veritate accipitur. *cf. L. 207. D. de reg. iur.* (50, 17). *L. 3. pr. D. de agn. lib.* (25, 3). *Ulp.* — placet enim eius rei iudicem ius facere. Vgl. oben Note 5.

100) Im Erbrecht gilt im Allgemeinen die Regel *L. 12. D. de iureiur.* (12, 2). Für die Ausnahmen beim testamentum inofficiosum s. *L. 6. § 1. D. de inoff. test.* (5, 2). *Ulp.* intestatum patrem familias facit. *L. 8. § 16. eod. Ulp.* — ipso iure rescissum est (*sc. testamentum*) et suus heres erit, secundum quem iudicatum est —; et libertates ipso iure ron valent nec legata debentur. Bei andrer Ungültigkeit *L. 2. § 1. D. de cond. ind.* (12. 6). *L. 3. pr. D. de pign.* (20, 1). *Pap.* — legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret.

101) *L. 17. § 1. D. de inoff. test.* (5, 2). *Paul.* — non creditur ius ex sententia iudicis fieri. *L. 18. eod. L. 14. § 1. D. de appell.* (49, 1). *Ulp.* — epistola D. Fratrum: — non habet rei iudicatae auctoritatem, nisi adversus eum solum, qui adesse neglexerit. *L. 50. § 1. D. de leg.* 1. (30). *Ulp.* — cum ius facit haec sententia quod attinet ad ipsius personam, numquid legatariis teneatur? *rel. L. 29. § 1. D. de statu lib.* (40, 7). *Pomp. ad Q. Mucium.* Die hier angeführten Worte des Q. Mucius Scävola und die Entscheidung des Labeo gehören zu den ältesten Zeugnissen in dieser Lehre.

der Prozeßführung des eingesetzten Erben als Intervenienten sich zu betheiligen [102]).

Von allen Fällen des richterlichen Urtheils verschieden ist ihrer Bestimmung und Wirkung nach die Adjudication; denn durch diese werden bestehende Rechte, und zwar dingliche, nicht zufällig, weil sie für den Richter nicht erkennbar sind, sondern mit Absicht und Bewußtsein dem Einen entzogen und auf den Andern übertragen, und dieser in gleicher Weise jenem durch eine entsprechende Condemnation in Gelde condemnirt, alles dieß um eine wirkliche oder fingirte dingliche Gemeinschaft aufzuheben [103]). Die durch den Richter vermittelte Uebertragung ist eine wahre Succession, die dem Successor nicht mehr Recht giebt, als der Auctor hatte; deren Mangel aber durch Usucapion ergänzt werden kann [104]). In einem legitimum Judicium nach Civilrecht, in einem Judicium quod imperio continetur nur nach prätorischem [105]). Nur darin unterliegt die Adjudication derselben Beschränkung wie andere Urtheile, daß sie für die Partheien in diesem Theilungsprozeß, nicht für Dritte wirksam ist [106]).

Nachdem wir den ordentlichen Rechtsgang in Civilsachen, der durch die Theilung des Richtergeschäfts zwischen Obrigkeit und Geschwornen bedingt ist (ordo iudiciorum privatorum), von der Einleitung und Instruction bis zum Endurtheil betrachtet haben, wird ein begründetes Urtheil über die ganze Einrichtung möglich sein [107]).

102) *L. 29. D. de inoff. test.* (5, 2). *L. 14. pr. D. de appell.* (49, 1).

103) Ueber die Formula, durch welche diese außerordentliche Macht dem Geschwornen übertragen wird, s. oben § 88 S. 228.

104) Eigenthum *§ 7. I. de off. iud.* (4, 17). *L. 17. D. de usufr.* (41, 3), Servituten *L. 6. § 1. D. de usufr.* (7, 1). *L. 22. § 3. D. fam. erc.* (10, 2). *L. 6. § 10. L. 18. D. comm. div.* (10, 3).

105) *Fr. Vat.* § 47. *cf. L. 44. § 1. D. fam. erc.* (10, 2).

106) *L. 31. D. de usu et usufr. leg.* (33, 2).

107) Vgl. mein Handbuch S. 3.

Zunächst fragt es sich, ob dieser Institution eine Idee und welche ihr zum Grunde liegt. Offenbar vertritt die Gerichtsobrigkeit das allgemeine, objective Recht, wobei allein der Staat interessirt ist, und übt im gemeinsamen Interesse des Ganzen und der Einzelnen durch Ertheilung der Formula und Ueberwachung des Geschwornen eine fortgehende, in jede einzelne Sache eingreifende Aufsicht über dessen Anwendung. Dem Geschwornen dagegen ist die Untersuchung und Entscheidung über das concrete, subjective Recht überlassen, wozu er als ein unter Mitwirkung der Partheien gewählter Genosse derselben vorzugsweise geeignet ist. Aber was richtig gedacht ist[108]), muß sich auch als zweckmäßig bewähren. Zwar daß Geschworne gerechtere Urtheile fällten als obrigkeitliche Richter, läßt sich für jene alte Zeit so wenig erweisen, als für die unsrige. Aber ein zwiefacher großer Gewinn ist überall mit dieser Institution verknüpft. Indem das Recht von den Sachwaltern und den rechtsgelehrten Gerichtsbeisitzern dem gesunden Menschenverstande der Geschwornen begreiflich gemacht werden muß, um dann von ihnen angewandt zu werden, wird es immer und immer wieder auf seine eigentlichen Lebensquellen zurückgeführt und so vor scholastischer Erstarrung bewahrt, in der es dem Volke, also den eigentlich Betheiligten, als eine unverständliche Geheimlehre erscheint. Wie überdieß das römische Recht von Seiten der Gerichtsobrigkeit in deren Edicten mit der Entwicklung des Volksgeistes Schritt hielt, ist früher bemerkt worden. Andrerseits belebt die Theilnahme der Bürger an der Rechtspflege nicht nur das allgemeine Rechtsbewußtsein, sondern wendet ihr auch ein Vertrauen, einen Glauben zu, der, da es hienieden kein absolutes Recht giebt, an dessen Stelle ein Hauptpfeiler der bürgerlichen Ordnung ist.

---

108) Wer es liebt, mit seinen Gedanken noch tiefer zu graben, der erwäge, ob nicht Beides zur persönlichen Berechtigung des Richters gehört, daß er über den Partheien stehe und daß er ihnen gleich sei. Vgl. *Ev. Ioh.* 5, 27.

D. Execution[1]).

1. Allgemeines.

§ 112. Durch das Urtheil des Geschwornen zu Gunsten des Klägers wird dessen bestrittenes Recht von Staatswegen anerkannt; der Kläger hat also insoweit seinen Zweck erreicht. Er nimmt aber auch die Ausübung dieses anerkannten Rechts für sich in Anspruch und kann, wenn der Beklagte sie ihm unmöglich macht, dagegen Schutz und Hülfe vom Staat verlangen. Wir haben dafür das Wort Execution von den Römern entlehnt; diese gebrauchen exsecutio noch in zwiefachem Sinn, der die verschiedenen Perioden des Executionsrechts bezeichnet[2]).

Wie in der Zeit der Legis Actiones der Kläger es war, der sein durch Urtheil anerkanntes Recht an der Sache oder an der Person unter obrigkeitlichem Schutz ausübte, so auch noch jetzt nach dem ius legitimum und honorarium dieser Periode; nur mit dem Unterschied, daß damals der Kläger aus eigener Machtvollkommenheit zur Ausübung seines Rechts schritt und nur im Nothfall den Schutz der Obrigkeit suchte[3]), jetzt aber stets einer Ermächtigung durch diese bedarf; immer aber ist exsecutio iudicati die Verfolgung seines Rechts[4]).

1) *Dig.* 42, 1. *de re iudicata et de effectu sententiarum. Cod. Iust.* 7, 53. *de exsecutione rei iudicatae.* Vgl. mein Handbuch §§ 29. 30. Puchta, Instit. § 179. Keller, Civilpr. §§ 83—85. Rudorff, Rechtsg. §§ 89—93.

2) Wörtlich heißt es „Ausführung oder Vollziehung", z. B. eines Auftrags *Gai.* III. § 160., der operis novi nuntiatio *L. 15. pr. L. 19. D. de operis novi nunt.* (39, 1), einer actio *Gai.* II. § 252. *L. 17. § 14. D. de iniuriis* (47, 10) u. s. w.

3) S. oben Bd. 1 S. 190 folg.

4) *L. 16. § 1. D. de compens.* (16, 2). *Pap.* — diem ad exsecutionem iudicati datum — tempus indulgeri solutionis. *L. 51. pr. D. de peculio* (15, 1). *Scaev.* — eventus exsecutionis —; — mora temporis, quod datur iudicatis, et venditionis bonorum. *L. 75. D. de iud.* (5, 1). *in fine. Paulus*: — (1) actionem iudicati — denegandum, (2) vel exsequi Praetorem ita iudicatum non debere. *cf. L. 32. § 6. D. de receptis* (4, 8). *Paul.* — vetare debet Praetor sententiam dicere, nec dare dictae exsecutionem, nehmlich die actio ex stipulatu; denn eine Vollstreckung des schiedsrichterlichen Urtheils findet nach altem Recht nicht statt.

Nach dem ius extraordinarium der Kaiserzeit dagegen heißt exsecutio sententiae die Vollstreckung des Urtheils, durch welche der Magistrat auf Antrag des Klägers durch seine Subalternbeamten direct in den Besitz und Vermögensstand des Beklagten eingreift [5]). Dort, in dem ordo exsecutionis, ist seine Thätigkeit eine secundäre, hier, bei der exsecutio extra ordinem, eine principale [6]).

Allgemein ist die Ertheilung dieser Staatshülfe nicht Sache des Geschwornen, sondern der competenten Gerichtsobrigkeit, vermöge ihrer höhern oder niedern Amtsgewalt (imperium oder potestas) [7]). Im ordo exsecutionis sucht der Kläger auf Grund der actio iudicati die Ermächtigung zur Ergreifung der Person oder der Güter seines Schuldners bei dem Magistrat, dem diese unterworfen sind [8]). Die exsecutio sententiae extra ordinem hat der Magistrat, in dessen Namen das Urtheil gesprochen worden [9]), nur ausnahmsweise ein anderer im Auftrag [10]).

5) *L. 15. pr. § 2. L. 2. D. h. t. L. 19. pr. D. de iurisdictione* (2, 1). *Tit. Cod. Iust. cit.* Note 1.

6) *L. 4. § 4. D. h. t. Ulp.* — ordo exsecutionis in Bezug auf die actio iudicati. Für exsecutio extra ordinem oder extraordinaria s. § 115. — Anders Rudorff cit. § 89 Note 4.

7) Nach der Lex Rubria *c.* 21. 22. hat der Municipalmagistrat in Gallia cisalpina vermöge seiner potestas nur die Befugniß zum duci iubere; nur der Prätor vermöge seines imperium die Missio in Bona; ebenso die Provincialstatthalter. Die Municipalmagistrate haben später auch die extraordinäre pignoris capio. S. oben § 70 Note 24. 45, § 71 Note 45. 76. Auch die Interpretation des Urtheils kommt dem exequirenden Magistrat zu. *L. 4. § 1. D. de appell.* (49, 1). *cf. L. 1. § 1. D. quae sent.* (49, 8).

8) *L. 45. § 1. D. de iudiciis* (5, 1). *Pap.* — tutoribus in provincia condemnatis, curatores puellae Romae iudicatum facere compelluntur, d. h. der Kläger kann die actio iudicati, die aus der Condemnation der Tutoren gegen die Pupilla geht, nachdem sie mündig geworden, auch gegen ihre Curatoren anstellen, und zwar in Rom, weil die städtischen Magistrate für alle römischen Bürger competent sind. Die Missio in Bona können sie freilich jetzt nur noch für die in ihrem Jurisdictionsbezirk belegenen Güter ertheilen. S. § 72 Note 11. 12. Ebenso die Provincialstatthalter, und die Municipalmagistrate die Pfändung. S. § 72 Note 21. 22. 24.

9) *L. 15. pr. D. h. t. Ulp. de officio Consulis.* A divo Pio rescriptum est, magistratus populi Romani ut iudicum a se datorum sententiam exsequantur hi qui eos dederunt. *cf. §§ 1. 2. sqq.*

10) *L. 15. § 1. eod. Ulp.* Sen-

Das Object der Execution wird durch den Gegenstand der Klage und des Urtheils bestimmt.

Zwar bei Präjudicialklagen, wo das Urtheil entweder die Freiheit der Person oder deren Abhängigkeit von einer Gewalt, also immer einen Zustand ausspricht, ist von Vollstreckung jetzt so wenig als in der Zeit der Legis Actiones die Rede. Denn die Freiheit eines Menschen steht unter dem allgemeinen, polizeilichen Schutz der Obrigkeiten, und die gerichtlich anerkannte Gewalt über einen Andern kann der Berechtigte unter demselben Schutz ausüben [11]).

Bei allen Vermögensklagen aber geht jetzt das dem Kläger günstige Urtheil, die Condemnation, nicht mehr auf das ursprüngliche Klagobject, sondern immer auf eine bestimmte Summe Geldes [12]); diese ist also in allen Fällen der Gegenstand, den der Kläger beansprucht und der ihm durch die Gerichtsobrigkeit verschafft werden muß. Ja es ist dieß der Zweck der Geldcondemnation; jeder Beklagte soll sich durch Geldzahlung lösen können, und nur wer dieß nicht will oder kann,

tentiam Romae dictam etiam in provinciis posse Praesides, si hoc iussi fuerint, ad finem persequi, imperator noster cum patre rescripsit. Der Befehl konnte nicht von den städtischen Magistraten ergehn, wurde also wohl durch die kaiserliche Kanzlei vermittelt.

11) Die Potestas über den Sklaven *L. 30. D. de lib. causa* (40, 12). *Iulian.* — Sabinus refertur existimasse, duci servum debere ab eo qui vicisset: cuius sententiae Cassius quoque est, et ego sum. *L. 36. eod. Papin.* Dominus, qui obtinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogetur. Vgl. die Manus Injectio in *L. 9. D. de servis exportandis* (18, 7). Das Patronat *L. 1. D. de iure patr.* (37, 14); wegen der Dienste giebt der Prätor eine Actio, die zur Geldcondemnation führt. *L. 37. § 6. D. de operis lib.* (38, 1). Die väterliche Gewalt *L. 9. § 3. D. de off. Procons.* (1, 16). *L. 3. C. I. de patr. pot.* (8, 47).

12) *Gai.* IV. § 48. — etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat: sed aestimata re pecuniam eum condemnat. *§ 52.* Quid ergo est? iudex si condemnat, certam pecuniam condemnare debet. *L. 13. § 1. D. h. t. Celsus.* — quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur: sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.

d. h. zahlungsunfähig ist, soll die Execution zu fürchten haben [13]). Zwar wird bei arbiträren, also auch bei allen dinglichen Klagen, ehe es zur Condemnation kommt, auf das ursprüngliche Object der Klage, das restituere oder exhibere, von dem Geschwornen arbitrirt. Aber eine Vollstreckung dieses Arbitrium Judicis ist jeden Falls dem reinen ordo iudiciorum privatorum fremd [14]); nach diesem wird der Gehorsam des Beklagten nur indirect durch die ihm drohende, vom Kläger eidlich zu bestimmende litis aestimatio erzwungen [15]).

Nach dem Object der Execution bestimmen sich auch die anzuwendenden Mittel; und da jenes, wie eben bemerkt, bei allen Vermögensklagen in der Zahlung des Judicats besteht, so scheint es das Einfachste, daß der Magistrat, wenn der Beklagte sie nicht freiwillig leistet, aber noch Vermögen besitzt, auf Antrag des Klägers ihm so viele Vermögensstücke weg-

13) Execution auf das Geben einer Sache oder auf ein Thun ist dem römischen Recht auch in dieser Periode fremd; nur im öffentlichen oder religiösen Interesse wird ein Thun durch Strafbefehle und Multae erzwungen. So das Erscheinen der Senatoren im Senat *Cic. Phil.* I. 5.; die Urtheilfällung des Geschwornen und des Schiedsrichters, s. oben § 71 Note 69. *L. 3. § 1. L. 32. §§ 1. 2. D. de receptis* (4, 8); die Verwaltung der Vormundschaft *L. 1. pr. D. de adm. tut.* (26, 7) — extra ordinem im Gegensatz der actio tutelae und accusatio suspecti tutoris *§ 3. I. de satisd. tut.* (1, 24). *L. 1. C. I. in quib. cas. tut.* (5, 36). *L. 3. C. I. de susp. tut.* (5, 43), oder eines andern öffentlichen Amtes *L. 9. D. de munerib.* (50, 4); die testamentarische Verpflichtung zur Beerdigung *L. 14. § 2. D. de relig.* (11, 7) — extra ordinem im Gegensatz der actio funeraria, zur Errichtung eines Grabmals *L. 44. D. de man. test.* (40, 4) oder eines Tempels *L. 17. D. de alim. leg.* (34, 1); die Herstellung öffentlicher Wege *L. 1. §§ 1. 2. D. de via publ.* (43, 10). Vgl. Keller cit. Note 1036.

14) Das Gegentheil behauptet Zimmern, Rechtsg. III. S. 198 wegen *Cic. Verr.* II. 12. *L. 9. L. 58. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 57. D. de her. pet.* (5, 3), die zwar von cogere und necessitas restituendi sprechen, nicht aber von directer Execution. Auch Rudorff cit. § 92 Note 14 „schon in alter Zeit". S. dagegen mein Handbuch S. 322, insbesondre die S. 337 angeführte *L. 17. C. I. de fid. lib.* (7, 4), ferner Keller cit. S. 342 oben und Wetzell, Vindicationspr. S. 121. Ueber *L. 68. D. de rei vind.* (6, 1) und das ius extraordinarium s. § 115.

15) S. oben § 87 Note 39, § 90 Note 20. 21, § 94 Note 69. Auch in dieser Beziehung hat die dingliche Klage die Natur der persönlichen angenommen.

nimmt und verkauft, als zu dessen Befriedigung nöthig ist. Allein, wie das älteste Recht bei Schuldklagen eine alle Mittelstufen überspringende Personalexecution eintreten ließ, durch welche der Schuldner zur freiwilligen Zahlung bewogen, eventuell dem Gläubiger Befriedigung, soweit möglich, verschafft werden sollte [16]), so kennt auch das prätorische Edict, dessen Bestimmungen sich an jenes alte Recht anschließen, nur ein äußerstes, auf beides zugleich, den bösen Willen des Schuldners und dessen Insolvenz, berechnetes Verfahren. Nur ist die Personalexecution gesetzlich gemildert (§ 113) und die davon unabhängige universelle Vermögensexecution mehr geregelt (§ 114). Erst das ius extraordinarium der Kaiserzeit hat die specielle Schuldexecution durch Pfändung einzelner Sachen eingeführt (§ 115).

Wir setzten bisher als Bedingung der Execution ein dem Kläger günstiges Urtheil voraus. Dem verurtheilten Beklagten (iudicatus) wird aber, wie oben (§§ 105 und 106) gezeigt worden, auch der geständige (confessus) und der nichtvertheidigte (indefensus) gleichgestellt, d. h. auch gegen diese kann die Personal- und die allgemeine Vermögensexecution eintreten.

Endlich ist schon hier zu erwähnen, daß in der absolutistischen Kaiserzeit die Magistrate von ihrer arbiträren Gewalt häufig einen sehr freien Gebrauch machten und, wenn ihnen eine Untersuchung überflüssig schien, ohne Judicium und förmliches Urtheil direct zwingend einschritten (§ 115).

---

2. Ordo exsecutionis.

a. Personalexecution.

§ 113. Die Personalexecution der Zwölf Tafeln, durch Manus Injectio des Klägers eingeleitet und durch Addictio

16) S. oben § 53.

des Prätors bestätigt, machte den verurtheilten Beklagten (iudicatus) zum Schuldknecht seines Gläubigers (addictus), der, wenn er sich in der gesetzlichen Frist nicht löste, zu sklavischer Arbeit angehalten, aber auch getödtet oder in die Fremde verkauft werden konnte, dessen Habe (familia) jeden Falls als Attribut seiner Person dem Gläubiger zufiel. Die Lex Poetelia (a. 441 u. c.) verwandelte die Schuldknechtschaft des Judicatus in eine gesetzlich geregelte Schuldhaft, und gab unabhängig davon dem Gläubiger das Recht, das Vermögen des Schuldners in Besitz zu nehmen und zu verkaufen[1]). Obgleich also die Manus Injectio und Addictio noch fortbestand, so war doch die Bedeutung derselben und ihre Stellung zu der Vermögensexecution eine wesentlich andere geworden. Seine reale Befriedigung suchte der Gläubiger jetzt durch diese; und jene Schuldhaft diente hauptsächlich dazu, dem Schuldner factisch die Disposition über sein Vermögen unmöglich zu machen und ihn oder seine Angehörigen zur Anschaffung von Zahlungsmitteln zu bewegen[2]).

In dieser Gestalt hat auch das prätorische Edict in einer uns nicht erhaltenen Stelle, welche das Executionsrecht überhaupt bestimmte[3]), sie beibehalten; daher nicht nur bis zum

1) S. oben § 53.

2) Auf diese Uebergangszeit bezieht sich *Donat. ad Terent. Phorm.* II. 1, 20. Obaerati cum solvendo non essent, ipsi manu capiebantur, von der Manus Injectio. Das Edict des Dictators M. Junius Pera vom J. 536 nach der Schlacht von Cannä. *Liv.* XXII. 14. Qui capitalem fraudem ausi, quique pecuniae iudicati in vinculis essent, — eos noxa pecuniaque sese exsolvi iussurum. *Val. Max.* VII. 6, 1. ut M. Iunii (*Dictatoris*) opera — addictorum etiam et capitali crimine damnatorum sex milia conscriberentur. *Cic. de or.* II. 63. ut apud Naevium, videtur esse misericors ille, qui iudicatum duci videt, percunctatur ita: quanti addictus? mille nummum *rel.*

3) Gaius commentirte diesen Titel des städtischen Edicts *L. 7. D. h. t.* Gaius lib. ad edictum Praetoris urbani, titulo de re iudicata und Ulpian im 58sten Buche *L. 4. eod.*, wo er auch vom Addictus handelte *L. 43. L. 45. D. de verb. sign.* (50, 16), wie Gaius lib. 6 ad edictum provinciale *L. 44. eod.* Der dem Edict entsprechende Pandektentitel 42, 1 enthält nur Eine auf den Addictus bezügliche Stelle von Licinnius Rufinus. *L. 34.* Papi-

Ende der Republik [4]), sondern auch unter den Kaisern bis ins zweite [5]) und selbst noch im dritten Jahrhundert n. Chr. [6]) verurtheilte (iudicati), ihren Gläubigern zugesprochene (addicti) und von diesen in Haft gehaltene Schuldner (vincti) als etwas Alltägliches erwähnt werden.

Welches war nun das Verfahren (ordo exsecutionis) und das Recht dieser Schuldhaft?

Durch Manus Injectio wurde es nicht mehr eingeleitet; seitdem der Prätor an Stelle dieser alten Legis Actio eine neue Klagform gegen den Judicatus aufstellte, ist sie mit den übrigen Legis Actiones außer Gebrauch gekommen [7]). Der Kläger, den der verurtheilte Schuldner (iudicatus) innerhalb der gesetzlichen Frist nicht befriedigt hatte [8]), zog diesen also

nian handelte von ihm lib. II. definitionum tit. de iudicatis. S. Note 21. Vgl. Rudorff zu Puchta's Instit. cit. Note w.

4) *Sallust. Catilin.* 32. C. Manlius verlangt vom Senat im Namen des catilinarischen Heeres: uti corpora nostra ab iniuria tuta forent; qui miseri, egentes, violentia atque crudelitate faeneratorum plerique patriae (*sc. exsules*), sed omnes fama atque fortunis expertes sumus: neque cuiquam nostrum licuit more maiorum lege uti, neque amisso patrimonio liberum corpus habere: tanta saevitia faeneratorum atque Praetoris fuit. *cf. Cic. Catilin.* II. 3. exercitum — collectum — ex rusticis decoctoribus *rel.* — *Cic. pro Flacco* 20. *fin.* addictus Hermippo et ab hoc ductus est. *pro Rosc. com.* 14. addictus erat tibi? non. *in Pison.* 35. nonne — ne pecunias creditas solverent, ultro Fufidium, equitem Romanum, hominem ornatissimum, creditorem debitoribus suis addixisti? *Lex Rubria* c. 21. 22. duci iubere.

5) *Seneca de benefic.* III. 8. Note 35. *Quintilian. inst. or.* V. 10, 60. VII. 3, 26. *sq.* *Declam.* 311. *Plin. Ep.* III. 19. rühmt sich der Milde gegen seine Pächter: nam nec ipse usquam vinctos habeo. Sex. Cäcilius (Africanus) bei *Gell.* XX. 1, 51. Addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt. *Gai.* III. § 199. sive etiam iudicatus — meus surreptus fuerit. § 189. gebraucht er für denselben den Ausdruck adiudicatus, der sonst nicht vorkommt.

6) Licinnius Rufinus unter Caracalla in *L. 34. D. h. t.* und dazu Ulpian in *L. 43. L. 45. D. de verb. sign.* (50, 16). S. Note 22. Alexander Sever in *L. 1. C. l. qui bonis* (7, 71) in Note 20.

7) *Gai.* IV. § 25. S. oben § 111 Note 26 vgl. mit § 96 Note 14.

8) *Cic. pro Flacco* 20. cum iudicatum non faceret. *L. 4. § 4. D. h. t. Ulp.* Si ex conventione

in gewöhnlicher Weise vor den Prätor (in ius vocatio) und stellte, wenn jener das Judicat nicht ableugnen konnte, auch nicht mit der poena dupli und satisdatio iudicatum solvi auf ein Judicium provocirte [9]), den Antrag (postulatio), daß derselbe ihm addicirt werde. Ein förmlicher Beweis des Judicats fand also vor dem Prätor nicht statt.

Eben deshalb konnte die Addiction des Schuldners auch noch in zwei andern Fällen verlangt werden, wo die Forderung weder in einem Judicium bewiesen, noch durch ein Urtheil anerkannt war, nehmlich wenn der Beklagte in Jure geständig (confessus), oder zwar gegenwärtig, aber zur Uebernahme des Judiciums nicht bereit (indefensus) ist [10]); denn beide gelten dem Judicatus gleich (pro damnato) [11]). Ja selbst umgekehrt wird auch der Judicatus, der weder zahlt, noch die actio iudicati in der angegebenen Weise übernimmt, für indefensus erklärt [12]). So sehr beruhen alle drei Fälle auf demselben Princip, daß wer seine bürgerlichen Verpflichtungen nicht erfüllt, Jedem, der einen gerichtlichen Anspruch hat, mit seiner Person haftet.

Es ist dieß auch nichts besonderes für gewisse Arten von Klagen, z. B. wie behauptet worden, für die Klage aus mutua pecunia [13]), sondern gilt für alle, in rem und in personam

litigantium cautum sit post rem iudicatam ei, cui quis condemnatus est *rel.* — Si non novandi causa id factum est, manebit ordo exsecutionis.

9) S. oben § 111 Note 30 folg.

10) Nur von diesem Fall spricht die Lex Rubria in den uns erhaltenen *c.* 21. und 22.; ohne Zweifel handelte ein andres verlorenes Kapitel von den in Gallia cisalpina verurtheilten Schuldnern.

11) S. oben §§ 105. 106. Ich zweifle nicht, daß auch wer den zugeschobenen Eid verweigerte und nicht zahlte, als confessus das duci iubere zu gewärtigen hatte. S. oben § 107 Note 26.

12) *L. 63. D. de iud.* (5, 11). *Ulp.* Recte defendi hoc est, iudicium accipere, vel per se, vel per alium: sed cum satisdatione. nec ille videtur defendi, qui, quod iudicatum est, non solvit. *cf. L. 10. D. de adm. tut.* (26, 7).

13) Savigny, vermischte Schriften II. 19 behauptet diese Beschränkung der Personalexecution für das Zwölftafelrecht nach *Gell.* XX. 1, 44., wo dem maxime nicht sein Recht gegeben und in die Worte der Zwölf Tafeln aeris confessi rebusque iure iudicatis der Gedanke an das

actiones, ex contractu oder ex maleficio [14]); und selbst das Recht des Aerars oder des Fiscus, seinen Schuldner zu verhaften, unterscheidet sich nur etwa durch die Procedur und dadurch, daß das Schuldgefängniß ein öffentliches ist [15]).

Die Verfügung der Schuldhaft, die auch den niederen, also den Municipalmagistraten zusteht [16]), ist ein simpler, an den Kläger gerichteter Befehl, den Schuldner mit sich nach Hause zu führen (duci iubere), nöthigen Falls auch mit Gewalt, welche in Folge der rechtsgültigen Ermächtigung des Magistrats straflos ist [17]). Dieselbe Verfügung heißt auch technisch addictio [18]). Sie erhält ihren bestimmten rechtlichen

Darlehn hineingetragen wird. Auch *Gai.* IV. § 21. läßt die Manus Injectio gegen jeden Judicatus eintreten. Für die spätere Zeit wird in Lex Rubria c. 21. pecunia certa credita in diesem beschränkten Sinn genommen, vgl. aber deshalb oben § 93 Note 15, und in c. 22. das duci iubere willkührlich auf die unter den verschiedenen hier genannten Klagen begriffene condictio ex mutuo beschränkt. Vgl. Puchta cit. S. 235. Keller cit. Note 1032 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

14) So wird sie in der Lex Rubria c. 22. für Klagen aller Art erwähnt. Bei Plinius cit. Note 5 in Bezug auf das rückständige Pachtgeld.

15) Ueber die Verhaftung des L. Scipio, welcher der Volkstribun Tiberius Gracchus intercedirte, s. *Liv.* 38, 58. *sqq.* *Gell.* VII. 19, 5. 7. Für die spätere Zeit *L. 9. § 6. D. ad L. Iul. pecul.* (48, 13). corpus retinendo. In Aegypten s. *Edict. Tiberii Alex.* § 4. *Haubold Mon. p.* 212. Rudorff Rhein. Mus. für Phil. II. S. 147 —165.

16) *Lex Rubria c.* 21. enthält eine doppelte Competenzbeschränkung für die Municipalmagistrate in Gallia cisalpina: 1) auf pecunia certa credita im Betrag von 15000 Sesterzen und 2) auf duci iubere mit Ausschluß der missio in bona, die in diesen und in allen andern Sachen nach c. 22. nur vom Prätor in Rom verfügt werden soll. Also das Erkenntniß und die Execution in kleinen Geldsachen sollte in loco statt finden, letztere aber nur durch Schuldhaft, um den bösen Willen des Schuldners zu überwinden.

17) *Lex Rubr. c.* 21. *vers.* 19. sine fraude sua duci iubeto; queique eorum quem, ad quem ea res pertinebit, duxserit, id ei fraudi poenaeve ne esto; quodque ita factum actum iussum erit, id ius ratumque esto. *cf. Paul.* V. 26. ad legem Iuliam de vi publica et privata. § 2. Hac lege excipiuntur, — iudicati etiam et confessi, et qui ideo in carcerem duci iubentur *rel.* *L. 13. §§ 1. 2. D. de iniur.* (47, 10).

18) *Cic.* in Note 4. Seneca, Quintilian und Sextus Cäcilius (Africanus) in Note 5. — *Gai. ibid.* adiudicatus scheint nicht technisch.

Charakter durch Hinzufügung der Summe Geldes, für welche der Schuldner seinem Gläubiger addicirt ist [19]).

Welches Recht des Gläubigers wird nun durch diese Addictio begründet? Er kann den Schuldner in irgend einem ihm gehörigen geschlossenen Raum (carcer) gefangen halten [20]) und selbst fesseln (vincire) [21]). Doch muß er gestatten, daß ihm Nahrung und Betten zugetragen werden [22]). Zur Arbeit zwingen kann er ihn nicht [23]); doch mögen die verhafteten Schuldner freiwillig, wenn ihnen Gelegenheit dazu geboten wurde, gern ihre Schuld abverdient haben [24]).

Uebrigens erleidet der addicirte Schuldner an seinem persönlichen Recht keinerlei Einbuße. Als freier Mensch steht er unter dem Schutz des Gesetzes [25]), behält seine Kinder in vä-

19) Nävius bei *Cic. de or.* II. 63. in Note 2. quanti addictus? Mille nummum. *Lex Rubria c.* 21. *vers.* 18. *sq.* tantae pecuniae, quanta ea pecunia erit de qua tum inter eos ambigetur, dumtaxat HS. XV, sine fraude sua duci iubeto. Also ganz so wie die Manus Injectio. *Gai.* IV. § 21.

20) *L. 1. C. I. qui bonis* (7, 71). *Alex.* — ne iudicati detrahantur in carcerem. *Paul.* V. 26. § 2. in Note 17. *Gai.* III. § 199 in Note 5.

21) *Plin.*, *Sex. Caecilius Afr.* in Note 5. *L. 13. pr. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). in privata vincula ductus.

22) *L. 34. D. h. t. Licinnius Rufinus.* Si victum vel stratum inferri quis iudicato non patiatur, utilis in eum poenalis actio danda est vel, ut quidam putant, iniuriarum cum eo agi poterit. Was in diesem Fall unter victus und stratus zu verstehen sei, bestimmt Ulpian in *L. 43. L. 45. D. de verb. sign.* (50, 16) und Gaius in *L. 44. eod.*

23) So Huschke, Nexum S. 148. Das Gegentheil behauptet Rudorff cit. § 90 Note 5, weil Quintilian cit. den Zustand des Judicatus durch servire bezeichnet; was aber wohl nur den factischen Zustand der Unfreiheit im Gegensatz der servitus ausdrücken soll. *Gai.* II. § 92. beweist es noch weniger.

24) *Arg. Coll.* III. 2. *Papinianus libro definitionum secundo sub titulo de iudicatis.* § 1. Per hominem liberum noxae deditum si tantum acquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a Praetore qui noxae deditum accepit. Der Unterschied war nur der, daß der noxae deditus dem, in dessen Mancipium er war, ipso iure erwarb; der Judicatus es zur Zahlung benutzen konnte.

25) *Quintilian. cit.*, der sich mit dem Unterschied des addictus und servus als seinem juristischen Lieblingsthema mehrmals beschäftigt, sagt: addictus legem habet. Also auch gegen Mißhandlung ist er geschützt. *L. 34. D. h. t. cf. Gai.* I. § 141.

terlicher Gewalt [26]) und rechtlich die Verfügung über sein Vermögen; denn sonst könnte er sich durch Zahlung nicht lösen [27]). Auch die öffentlichen Rechte bleiben ihm, sein Pronomen, Nomen und Cognomen und seine Tribus [28]). Auch wenn er der Haft entlassen wird (missus), ist er nicht Libertus, sondern Ingenuus [29]). Auch wird er in keinem der uns erhaltenen Verzeichnisse der personae infames aufgeführt, daher eine Minderung seiner bürgerlichen Ehre nicht anzunehmen ist [30]). Da hingegen jeder Bankerottirer (decoctor) und der, dessen Güter dreißig Tage lang feil geboten worden sind, zu denselben gehört [31]), so wird auch daraus klar, daß die Schuldhaft überwiegend darauf berechnet war, den Starrsinn eines Zahlungsfähigen zu überwinden.

Die Schuldhaft wird abgewandt, 1) nach ältern Gesetzen, wenn der Schuldner seine Solvenz beschwört (bonam copiam iurare) und die Gläubiger ihm Frist bewilligen, oder seine Insolvenz (bonam copiam eiurare) und jene accordiren oder sich mit der Missio in Bona begnügen [32]); und 2) nach der

26) *Quintil. cit.* habet liberos.

27) *Cic. pro Flacco* 21. in Note 33. datio in solutum. *Quintil. Decl.* 311. donec solverit. Ob nicht *inst. or.* VII, 3, 27. propria auf Eigenthum geht?

28) *Quintil. cit.* praenomen, nomen, cognomen, tribum.

29) *Cic. cit.* in Note 33 missus. *Quintil. cit.* recepta libertate ingenuus.

30) *L. 1. D. de his qui not.* (3, 2). *Lex Iulia mun. vers.* 111. *sqq.* Savigny cit. S. 446 nimmt dieß an, obgleich er sich selbst einwirft, daß der Addictus seine Tribus behalte.

31) S. oben § 104 Note 28. 29.

32) Nach einer transitorischen Bestimmung der Lex Plätoria sollten die damaligen Nexi, qui bonam copiam iurarent, der Haft entlassen werden. *Varro de LL.* VII. § 105. Huschke, Nexum S. 137 folg. Im späteren Recht kommt Zweierlei vor, dessen Bedeutung zweifelhaft und bestritten ist. I) Das bonam copiam iurare der *Lex Iulia mun. v.* 113. *sq.*, welches infamirt, ist wohl in Verbindung zu denken mit Bewilligung eines Moratoriums von Seiten der Gläubiger. II) Dagegen bonam copiam eiurare bei *Cic. ad fam.* IX. 16. *Festus epit. v.* eiuratio. *M. p.* 77., womit Mommsen in der Restitution der *Lex Iulia mun. cit. bonam copiam* abiurare wahrscheinlich identificirt, wendet die auf bösen Willen des Schuldners berechnete Schuldhaft ab und soll, wenn die Gläubiger accordiren oder sich mit der Vermögensexecution begnügen, dieselbe Folge haben. Aehnlich

lex Iulia de cessione bonorum, wenn er freiwillig den Gläubigern sein ganzes Vermögen zum Behuf des Verkaufs abtritt [33]). Aufgehoben wird sie durch Befriedigung des Gläubigers von Seiten des Schuldners selbst [34]) oder eines Dritten für ihn [35]) und durch genügende Defensio [36]).

Endlich ist von ihr jeder Schuldner befreit, qui condemnatur in id quod facere potest. Denn zunächst sagt dieß Beneficium, daß er nur mit seinem Vermögen hafte; dann aber soll ihm auch gelassen werden, was er zur Fristung seines Lebens bedarf [37]).

---

b. Vermögensexecution [1]).

§ 114. Den Zwölf Tafeln war eine selbständige Vermögensexecution gegen den geständigen oder verurtheilten Schuld-

Zimmern cit. § 28 Note 10. Anders Huschke cit. Note 189.

33) *L. 1. C. I. qui bonis* (7, 71) oben Note 20.

34) *Cic. pro Flacco* 21. is ab Hermippo missus, cum ei pauca mancipia vendidisset. *pro Rosc. com.* 14. erwähnt die Addictio als causa solutionis. *Quintil. Declam.* 311. donec solverit.

35) Hierauf beruht der Witz des Nävius bei *Cic. de or.* II. 63. s. Note 2. si addidisset tantummodo: ducas licet, esset illud genus ridiculi praeter exspectationem. Sed quia addidit: nihil addo, ducas licet, addito ambiguo altero genere ridiculi fuit, ut mihi quidem videtur, salsissimus. *Seneca de benefic.* III. 8. hic pro addicto pecuniam dependit. *L. 21. § 1. D. ad SC. Vell.* (16, 1). *Callistr.* Item si quid liberaliter fecit, veluti ne iudicatus pater eius propter solutionem vexetur *rel. cf. L. 4. § 1. eod.*

36) *L. 23. pr. D. quib. ex caus. mai.* (4, 6). *Ulp.* Sed et is, qui in vinculis est, si defendatur, cessat restitutio. Ein Dritter natürlich cum satisdatione. *L. 63. cit.* Note 12. Ob auch der Schuldner selbst? — Daß die Haft mit dem Imperium des Prätors, der sie verfügt hatte, erlosch, bezweifle ich, da sie gesetzlichen Grund hatte. S. *Lex Rubria* Note 17. id ius, ratumque esto. Anders Huschke cit. S. 181.

37) *L. 19. § 1. D. de re iud.* (42, 1). *Paulus.* — immo nec totum quod habet extorquendum ei puto, sed et ipsi ratio habenda est, ne egeat. *L. 173. pr. D. de reg. iur.* (50, 17). Genaueres und ein Verzeichniß s. in Böcking's Pandekten II. § 162.

1) Quellen: *Cic. pro Quintio. Lex Rubria c.* 22. *Lex Iu-*

ner unbekannt; nur als Dependenz seiner Person fiel auch das Vermögen den Gläubigern zu, wenn er ihnen als Schuldknecht zugesprochen und nach Ablauf der gesetzlichen Frist verfallen war; und wie sie daraus ihre Befriedigung suchen wollten, blieb ganz ihrer Vereinbarung überlassen [2]). Die Lex Poetelia (a. 441 u. c.) gab zuerst den Gläubigern ein von der Personalexecution unabhängiges Recht auf die Güter des Schuldners und zwar, im Anschluß an das frühere Recht, auf deren Gesammtheit [3]), so daß, da regelmäßig ihrer mehrere waren, das, was wir Concursverfahren nennen, eintreten mußte. Die Ausführung des Gesetzes war Sache des Prätors; deshalb ist auf sein Edict der Ursprung und die weitere Ausbildung des Verfahrens, welches in dieser ganzen Periode herrschend blieb, der missio in possessionem bonorum, bonorum proscriptio und venditio, zurückzuführen [4]).

Es ist möglich, daß der Prätor die Missio in Bona

lia mun. vers. 116. *sqq.* *Gai.* III. §§ 77—81. IV. §§ 35. 65—68. 145. 146. *Dig.* 42, 5. de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. 3. 4. 6—8. *Cod. Iust.* 7, 72. de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis. 71. 73—75. *Theophil. paraphr. Inst.* IV. 12. *pr.* — Schriftsteller: Zimmern, Rechtsg. III. §§ 76—83. Mein Handbuch § 29. Puchta, Instit. § 179 S. 239 folg. *Keller, Sem.* I. §§ 3 - 6 Civilpr. §§ 84. 85. Huschke, Nexum S. 151 folg. Rudorff cit. § 90. — *Stieber, de bonorum emptione apud veteres Romanos. Lips.* 1827. Dernburg, über die emtio bonorum. Heidelb. 1850.

2) Huschke cit. S. 86 folg. bezieht die Worte der Zwölf Tafeln: partis secanto auf gleiche Theilung des Vermögens unter die Gläubiger; aber die folgenden Worte: si plus minusve secuerent, se fraude esto, würden dem widersprechen; und hinzuzudenken, „als sie zu fordern haben", ist dem einfachen Ausdruck des Gesetzes, überdieß die ganze Deutung der römischen Tradition zuwider. S. Bd. 1 S. 200.

3) S. oben § 45 Note 34. Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset.

4) Es war auch ein Hauptgegenstand der Provincialedicte. *Cic. ad Att.* VI. 1. duobus generibus edicendum putavi: quorum unum est provinciale, —: alterum quod sine edicto satis commode transigi non potest, — de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent: tertium, de reliquo iure dicundo, ἄγραφον reliqui.

schon früher gegen den flüchtigen Schuldner eintreten ließ, weil die Zwölf Tafeln diesen Fall nicht bedacht hatten, und daß er jetzt das Verfahren gegen den Confessus und Judicatus demselben nachbildete [5]).

Sicher ist, daß er in dem uralten und in diesem ganzen Zeitraum fortbestehenden Verfahren gegen solche, deren Vermögen für den Staat eingezogen [6]), oder die zu einem Strafgeld verurtheilt [7]) oder proscribirt waren [8]), ein Vorbild fand. Denn in diesen Fällen war es die mit Imperium bekleidete Obrigkeit, insbesondere der Prätor, der den Quästor in den Besitz der Güter einwies [9]). Dieser Schatzbeamte hielt dann öffentlich (sub hasta) Versteigerung der Güter (auctio) und addicirte sie dem Meistbietenden [10]). Nicht im Einzelnen, sondern im Ganzen; und dem Käufer (sector), der ein Pauschquantum als Pretium dafür zahlte [11]), blieb es überlassen, durch Einzelverkauf (sectio) [12]) zu seinem Gelde zu kommen und den

5) So Huschke cit. S. 169. Dernburg cit. § 2. Keller, Civilpr. Note 1030.

6) Aeltere Fälle der Publication *Liv.* III. 58. IV. 15. *cf.* XXV. 4., aus der spätesten Zeit *Gai.* I. § 27.

7) *Liv.* XXXVII. 58. 60. *Lex tab. Bant. Corp. Inscr.* I. *p.* 45. *vers.* 11. Sei condemnatus *erit, quanti condemnatus erit, praedes* ad Quaestorem urbanum det, aut bona eius poplice possideantur facito. *Lex repet. Corp. Inscr.* I. *p.* 61. *vers.* 57. quei ex hac lege condemnatus erit, Quaestori praedes facito det. — *Sei ita* praedes datei non erunt, bona eius facito publice possideantur *conquaerantur veneant. Cic. Verr.* I. 20. 23. *pro Rabir. Post.* 4. 13.

8) *Cic. pro Quint.* 22. 24. 29. *pro Rosc. Am.* 43. *sqq. Phil.* II. 26. *sq.* 29.

9) *Liv. cit.* In bona deinde L. Scipionis possessum publice quaestores Praetor misit.

10) *Cic. Phil.* II. 26. Hasta posita pro aede Iovis Statoris, bona —, bona inquam, Cn. Pompei Magni, voci acerbissimae subiecta praeconis. — exspectantibus omnibus, quisnam esset tam impius, tam demens, tam diis hominibusque hostis, qui ad illud scelus sectionis auderet accedere, inventus est nemo praeter Antonium, praesertim cum tot essent circa hastam illam, qui alia omnia auderent. *cf. Festus epit. v.* hastae *M. p.* 101. Hastae subiciebantur ea quae publice venundabant, quia signum praecipuum [*iusti dominii?*] est hasta. *cf. Gai.* IV. § 16.

11) *Cic. pro Rosc. Am.* 8. 45. tantulo.

12) Auch meistens durch auctio. *Cic. Phil.* II. 27. wie Antonius

gehofften Gewinn herauszuschlagen [13]); wie ja auch sonst der Staat sich nie mit Detailgeschäften befaßte, sondern Nutzungen, Zölle, öffentliche Arbeiten u. s. w. in Accord gab. Die Rechtsform dafür war, daß der Käufer (sector) durch die Addictio im Namen des Staats in die Gesammtheit des Vermögens eintrat (successio per universitatem), gleich dem Erben [14]), und an den einzelnen Sachen civiles Eigenthum erwarb und weiter übertrug [15]), desgleichen die Forderungen durch Klage verfolgen konnte, und für die Schulden haftete [16]). In der Besitzergreifung schützte ihn der Prätor durch das interdictum sectorium [17]).

Die Uebertragung dieser Rechtsform aber auf die Vermögensexecution in Civilsachen und ihre Entwicklungsgeschichte im Einzelnen können wir chronologisch nicht nachweisen. Denn selbst wenn die von Gaius berichtete Sage, ein Prätor P. Rutilius habe die Bonorum Venditio eingeführt [18]), Grund hätte,

als Sector die Güter des Pompejus verpraßte und dann den Rest versteigerte. *c.* 29. auctionis vero miserabilis adspectus: vestis Pompei non multa, eaque maculosa *rel.*, ein Scandal, dem Cäsar dann steuerte. Daher auch praedae sectio *Cic. de invent.* I. 45. bei *Gell.* XIII. 25, 6. *Caesar de bello civ.* II. 33.

13) *Pseudo-Ascon.* §§ 52. 61. Es war ein Gewerbe *Gai.* IV. § 146. — sectores vocantur, qui publice bona mercantur. *Lachm. em.* publica. Aber wie publice = publica auctoritate venire *Gai.* I. § 27. III. § 154. und possessum publice mittere Note 9, so kann auch publice possideri Note 7 und emere oder mercari gesagt werden. *cf. Huschke h. l.* Das Gewerbe der Sectoren war nicht bloß in Bezug auf die Güter der Proscribirten *Cic. pro Rosc. Am.* 29. 36. 43. *Phil. cit.*, sondern wie überhaupt die ganze Classe von kleinen Geschäftsleuten, Präconen, Cognitoren u. s. w. nicht eben geachtet. Vgl. *Festus epit. v.* Sectores. *Tac. Ann.* III. 28. *Sueton. Vitell.* 2.

14) *Gai.* III. § 80. *rest. Huschke.*

15) *Varro de re rust.* II. 10. dominum legitimum sex fere res perficiunt: — tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit. *Gai. cit.*

16) Und zwar ipso iure, wie in Folge der adtributio. *Lex Iul. mun. vers.* 41. 49.

17) *Gai.* IV. § 146. Item ei, qui publica (*l.* publice) bona emerit, eiusdem condicionis interdictum (*sc. adipiscendae possessionis*) proponitur, quod appellatur sectorium, quod *rel.* Note 13.

18) *Gai.* IV. § 35. a Praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur.

so bleibt die Frage, welcher dieses Namens es gewesen sei [19]). Da die Lex agraria vom J. 643 sie erwähnt, so fällt ihre vollständige Ausbildung jeden Falls in die erste Hälfte des siebenten Jahrhunderts [20]). In dieser Gestalt sie darzustellen, ist unsere Aufgabe.

Die erste Frage ist, in welchen Fällen dieß Verfahren statt fand. Wir haben früher (§§ 105. 106) gesehen, daß es gegen jeden geständigen Beklagten (confessus) und gegen den nichtvertheidigten (indefensus) eintrat, weil diese für verurtheilt galten. Kaum bedarf es daher des Beweises, daß es sich auch auf den Verurtheilten selbst (iudicatus) bezog, in diesem Fall also recht eigentlich ein Executionsverfahren war [21]). Natürlich in der Voraussetzung, daß er innerhalb der gesetzlichen Frist nicht gezahlt hatte und auch weder selbst noch durch einen Andern zur Uebernahme der actio iudicati bereit war [22]). Auch in dieser Beziehung fällt also beides, nicht zahlen und

19) Die meisten neueren Schriftsteller, Zimmern, Keller, Rudorff u. A. erklären ihn für den bekannten Juristen und Staatsmann P. Rutilius Rufus, Consul im J. 649. S. dagegen Dernburg cit. S. 35.

20) *Lex agr. a.* 643. *Corp. Inscr.* I. *p.* 83. *vers.* 56. *sq. ex eo* edicto utei is, quei ab bonorum emptore magistro curator*eve eius emerit.* Huschke cit. S. 155 sucht das frühere Verfahren zu construiren, und Keller, Civilpr. S. 365 vermuthet nach *Cic. de leg.* II. 19. de creditoribus eius, qui plurimum servet, eine rohere Concursordnung ohne Universalsuccession.

21) *Gai.* III. § 78. Bona autem veneunt —; item iudicatorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto Praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. *L.* 51. *pr. D. de peculio* (15, 1). *Scaev.* — eventus exsecutionis — mora temporis, quod datur iudicatis, aut venditionis bonorum. *cf. L.* 6. § 2. *D. de re iud.* (42, 1). *Ulp.* — Qui iudicati bona sua auctoritate distraxit *rel. L.* 3. *C. I. qui pot.* (8, 18). *Antonin.* servandi iudicati causa. — Die auf diesen Fall bezügliche Stelle des Edicts erwähnt *Cic. pro Quint.* 19. nicht. In den Pandekten, namentlich *Dig.* 42, 1. 4. fehlt sie, weil in Justinians Zeit gegen den Judicatus regelmäßig pignoris capio eintrat; nur gegen den insolventen Schuldner, und dafür konnte auch der flüchtige gelten, die missio in bona, welche dann regelmäßig von sämmtlichen Gläubigern beantragt wurde.

22) *L.* 5. *C. I. de revoc. his* (7, 75). *Diocl. et Max.* — qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit, nec defenditur.

sich nicht vertheidigen, praktisch völlig zusammen[23]). Wer das Eine oder Andere thut, gilt für solvent[24]), im andern Fall also für insolvent und wird so behandelt. Hieraus erklärt sich, daß Zahlungsunfähigkeit, von welcher heutzutage die Eröffnung des Concursprozesses abhängig gemacht wird, und die natürlich auch bei den Römern die factische Voraussetzung war[25]), doch nirgends als juristische Bedingung einer gültigen Missio in Bona und Bonorum Venditio angegeben wird. Noch weniger ist jenes Verfahren von dem Dasein mehrerer Gläubiger abhängig; denn ein Einzelner, dem der Schuldner nicht gerecht wurde, hatte keinen andern Weg zu dem Seinigen zu kommen; und wenn er denselben betrat, so war durch die Oeffentlichkeit, die es gewann, dafür gesorgt, daß sich die Andern herzufanden[26]).

Eingeleitet wird dieß Verfahren also durch den simplen, einseitigen Antrag (postulatio) Eines Gläubigers oder Klägers[27]), der, wenn er ein Judicat für sich hatte, natürlich

23) *L. 63. D. de iud.* (5, 1). *Ulp.* — nec ille videtur defendi, qui, quod iudicatum est, non solvit.

24) *L. 95. D. de reg. iur.* (50, 17). *Ulp.* Nemo dubitat, solvendo videri eum, qui defenditur.

25) *Val. Max.* VI. 9. 12. von Crassus Dives: eidem postea inopia turpem decoctoris superlationem (?) iniunxit, si quidem bona eius a creditoribus, quia solidum praestare non poterat, venierunt. *cf. Gai.* II. § 154. — quia facultates suas suspectas habet, — ut si creditoribus satis non fiat, — bona veneant.

26) *Gai.* III. § 78. postea (nehmlich nach der bonorum proscriptio während 30 Tagen, wo sich die Andern hinzugefunden) iubet convenire creditores. Es gehört daher zu den Vorstellungen, die Theophilus III. 12. *pr.* aus seiner Zeit in die Zeit des Gaius hineinträgt, wenn er als Voraussetzung der Missio in Bona sagt: *εἰ συνέβη τινὰ πολλοῖς ἐποφείλειν, εἶτα διαλανθάνειν rel.* während er vorher für seine Zeit richtig sagen konnte: *καὶ ἐπειδὰν εὑρεθῇ τις πολλοῖς ἐποφείλων rel.* Ueberhaupt ist dieser Byzantiner ja nur da schätzbar, wo er aus alten, uns nicht mehr vorliegenden Quellen schöpft; dagegen, wo er diese ergänzt, des Mißverständnisses oder des Anachronismus verdächtig, und wo er ihnen widerspricht, unbedingt zu verwerfen.

27) *Cic. pro Quint.* 6. postulat a Burrieno Praetore Naevius, ut ex edicto bona possidere liceat. 19. tum cum postulabas ut bona possideres? nemo affuit. neque enim quisquam divinare poterat, te postulaturum *rel.*, Theophilus cit. dagegen sagt, abermals im Sinne seiner Zeit: *συνιόντες οἱ κρεδίτωρες προσίεσαν τῷ πραίτωρι, τοῦτο αὐτῷ μεμφόμενοι rel.*

nicht unterließ dieß dem Prätor vorzuzeigen, gegen den Confessus eines solchen Nachweises selbst gar nicht bedurfte. Ebensowenig gegen den Indefensus, der in Jure gegenwärtig ist. Gegen den Abwesenden oder sonst nicht Vertretenen aber beruft er sich auf das Edict des Prätors und hält nur etwa zur Beseitigung von Bedenken desselben Beweise, daß ein Fall des Edicts vorliege, bereit [28]). Daß der Beweis seiner Forderung nicht von ihm verlangt wurde, überhaupt keine förmliche causae cognitio stattfand, ist früher gezeigt worden [29]). Ist der Beklagte gegenwärtig, so kann zugleich das duci iubere begehrt werden; die eine Art der Execution schließt die andere nicht aus [30]).

Der Prätor ertheilt darauf, wenn er keinen Anstand findet, ohne Weiteres dem Antragsteller durch ein Decret die Erlaubniß, die Güter des Gegners in Besitz zu nehmen und dieß durch öffentliche Anschläge bekannt zu machen (bona possideri proscribive iubet) [31]). Er soll zwar zu dieser die ganze Existenz des Schuldners gefährdenden Maßregel mit Vorsicht (considerate) schreiten [32]). Aber da er sie mit Bezug auf sein Edict, d. h. hypothetisch verfügt und damit nichts entscheidet [33]), so

28) *Cic. ad Att.* VI. 1. Note 4. quae ex edicto postulari — solent. *pro Quint.* 8. testificatur iste, P. Quintium non stetisse, et se stetisse. tabulae maximae signis hominum nobilium consignantur: disceditur. postulat *rel.*

29) S. oben § 106 S. 561.

30) *Lex Rubria c.* 22. *vers.* 47. eosque duci bona eorum possideri proscreibeive veneireque iubeto. *vers.* 51. eorum quoius bona possiderei proscreibei veneire duceique iubeto. Durch den natürlichen Sinn dieser Worte scheint mir die entgegengesetzte Annahme von Puchta cit. Note mm ausgeschlossen.

31) *Lex. Rubr. cit.* Note 30. *Gai.* III. § 79. iubet ea Praetor possideri et proscribi. Edict in *L. 7. § 1. D. quib. ex caus.* (42, 4). POSSIDERI — IUBEBO, ohne proscribi. S. unten Theophilus in Note 57. In dem andern Edict *L. 2. pr. D. eod.* heißt es: IN BONA EIUS — IRI IUBEBO.

32) *Cic. pro Quintio* 16.

33) *Cic. pro Quintio* 19. Note 27. neque enim quemquam id recusare, quod Praetor non fieri, sed ex edicto suo fieri iubebat. *ad Att.* VI. 1. oben Note 4. quae ex edicto et postulari et fieri solent. *Lex Iul. mun. vers.* 116. in Note 35. ex edicto und so überall. Ebenso giebt er die bonorum possessio edictalis *L. 30. § 1. D. de acq. her.* (29, 2). *L. 1. § 4. D. si tab. test.* (38, 6), im Gegensatz

genügt ihm die rechtliche Begründung derselben; das Thatsächliche muß sich später finden. Die Verfügung selbst ist aber noch zwiefacher Art. Regelmäßig ist damit die Erlaubniß zum Verkauf der Güter verknüpft (bona possideri proscribive venireque iubet)[34]). Ausnahmsweise, namentlich gegen nicht vertretene Pupillen und in öffentlichen Geschäften Abwesende, ist sie auf die Besitzergreifung und öffentliche Bekanntmachung beschränkt[35]), also zunächst nur ein Arrest, durch welchen die Gläubiger Sicherheit erhalten, bis eine genügende Vertretung beschafft ist[36]). Die Besitzeinweisung der Gläubiger wird im Gegensatz anderer allgemein missio in possessionem rei servandae causa genannt, weil die Gläubiger durch das regelmäßig damit verknüpfte Verkaufsrecht ihre Befriedigung erhalten sollen[37]), in einem engeren Sinne aber dieser Ausdruck für diejenigen Fälle gebraucht, wo es nur auf vorläufige Sicherung ihres Interesses abgesehen ist[38]).

Die Rechte, welche der Gläubiger aus diesem prätorischen Decret erlangt, sind:

1) Der Besitz sämmtlicher Güter des Schuldners, d. i. nicht juristischer, durch possessorische Interdicte geschützter oder die Usucapion begründender Besitz[39]), noch weniger Eigen-

der decretalis, welche causae cognitio und förmliches Decret verlangt. *L. 1. § 7. D. de succ. edicto* (38, 9). *L. 2. §§ 1. 2. D. quis ordo* (38, 15). Desgleichen ein Interdict, eine Actio, wo sie rechtlich zulässig sind, ohne über ihre factische Begründung zu entscheiden.

34) So in den Fällen der *Lex Rubria c.* 22. Note 30. Edict in *L. 7. § 1. D. quib. ex caus.* (42, 4). POSSIDERI VENDIQUE IUBEBO. Vgl. unten Note 69.

35) *Lex Iul. mun. vers.* 116. *sqq.* quoiusve bona ex edicto eius quei iure deicundo praefuit praefuerit, — praeterquam sei quoius, cum pupillus esset reive publicae caussa abesset — *bona possessa proscriptave sunt erunt,* — possessa proscriptave sunt erunt. Also in beiderlei Fällen findet possessio und proscriptio bonorum statt, welches überhaupt stets durch ve als wesentlich identisch bezeichnet wird; nur daß in den ausgenommenen Fällen der Schuldner dadurch nicht infamirt wird.

36) S. oben § 106 Note 36.

37) *L. 2. D. de feriis* (2, 11). *L. 3. § 23. D. de acq. poss.* (41, 2). *L. 1. D. quib. ex caus.* (42, 4). *L. 1. §§ 1. 2. D. ne vis fiat* (43, 4).

38) *L. 3. pr. L. 5. pr. L. 8. D. quib. ex causis* (42, 4).

39) Interdictenbesitz *L. 3. § 8.*

thum [40]), auch nicht ausschließliche Detention, sondern nur Mitbesitz dem Schuldner gegenüber und so viel Dispositionsbefugniß, als nöthig ist, um das Vermögen vor jeder Verminderung zu bewahren (custodia) [41]). Das Edict enthielt darüber genaue Bestimmungen. Den Schuldner dürfen die Gläubiger nicht aus seinem Hause und Grundeigenthum vertreiben. Bewegliche Sachen sollen darin bewahrt, nur wenn dieß nicht möglich ist, weggebracht werden [42]). Nöthigen Falls erlaubt ihnen der Prätor das Haus zu versiegeln [43]), die Rechnungsbücher und Urkunden des Schuldners einzusehen und Abschrift davon zu nehmen [44]). Ueberhaupt handelt es sich nicht um körperlichen Besitz, sondern um das Recht, über das Vermögen zu dem angegebenen Zweck zu verfügen [45]).

2) In der Ausübung dieses Rechts wird der immittirte Gläubiger, wie jeder andre in possessionem missus, durch das Interdict ne vis fiat ei qui in possessionem missus

D. uti poss. (43, 11). *Ulp.* Creditores missos in possessionem rei servandae causa interdicto UTI POSSIDETIS uti non posse: et merito, quia non possident. Usucapionsbesitz *L. 3. § 23. D. de acq. poss.* (41, 2). *v.* et ideo.

40) *L. 6. L. 8. C. I. h. t.*

41) *L. 3. § 23. cit. Paul.* qui creditorem rei servandae causa — mittit in possessionem, — non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit. *L. 10. § 1. eod. Ulp.* — aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse: denique rei servandae causa, — non possident, sed sunt in possessione custodiae causa. *cf. L. 12. D. quib. ex caus.* (42, 4).

42) *Cic. pro Quintio* 27. cognoscamus edictum. QUI EX EDICTO MEO IN POSSESSIONEM VENERINT —, EOS ITA VIDETUR IN POSSESSIONE ESSE OPORTERE: — QUOD IBIDEM CUSTODIRE POTERUNT, ID IBIDEM CUSTODIANT. QUOD NON POTERUNT, ID AUFERRE ET ABDUCERE LICEBIT. DOMINUM INVITUM DETRUDERE NON PLACET. *cf. L. 5. pr. D. ut in poss. leg.* (36, 4). *Ulp.* — nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur. neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur. Für abducere von res se moventes außerhalb des Hauses s. *Cic. pro Quint.* 6. 19.

43) *L. 20. D. de iniur.* (47, 10). *cf. L. 1. § 24. D. de ventre* (37, 9). *Cod. Iust.* 2, 17. *ut nemini liceat sine iudicis auctoritate signa rebus imponere alienis.*

44) *L. 15. D. h. t.* (42, 5).

45) Daher zwar ein überschwemmtes Grundstück oder eine geraubte Sache factisch ihrer Disposition entzogen *L. 12. § 2. D. h. t.*, ihr Recht aber nicht davon abhängig ist, daß etwas da sei, was sie besitzen könnten. *L. 13. eod.*

erit[46]) und eine damit electiv concurrirende in factum actio geschützt[47]), nicht durch directe Vollstreckung des Decrets von Seiten des Prätors[48]).

3) Ein prätorisches Pfandrecht wird den Gläubigern zugeschrieben, wenn sie das Verkaufsrecht haben, obgleich auch bei anderen missiones in possessionem ein solches angenommen wird[49]).

Zu einer eigentlichen Verwaltung des Vermögens kommt es in der Regel nicht, weil schon nach dreißig Tagen die Bonorum Venditio vorbereitet und in kürzester Frist vollzogen wird. Nur wo dieß nicht der Fall ist oder eilige Maßregeln nothwendig werden[50]), tritt das Bedürfniß einer solchen ein und wird zu diesem Behuf auf den Antrag der Majorität der nun schon versammelten Gläubiger vom Prätor ein curator bonorum bestellt[51]), dessen Dispositionen über die Substanz des Vermögens zwar alle rechtsgültig sind[52]), jedoch nur zur

46) Wir haben dafür freilich keinen Beweis als die Rubrik *Dig.* 43, 4. Allein dieß und *L.* 3. *§ 2. h. t.* scheint mir kein ausreichender Grund für Dernburg's S. 116 Annahme, daß das Interdict in diesem Fall nicht statt gefunden habe.

47) *L. 1. pr. L. 3. L. 4. D. ne vis fiat* (43, 4). *L. 14. pr. D. quib. ex caus.* (42, 4).

48) Die Stellen, die eine solche anstatt des Interdicts zulassen, erwähnen diesen Fall nicht. S. § 98 Note 20.

49) *L. 35. D. h. t. L. 26. pr. D. de pign. act.* (13. 7). *L. 3. § 1. D. de reb. eorum* (27, 9). *Rubr. Cod. Iust.* 8, 22. *de praetorio pignore.* *L. 2. C. I. qui pot.* (8, 18). *L. 5. § 4. D. ut in poss.* (36, 4).

50) *L. 6. § 2. D. quib. ex caus.* (42, 4). *Paul.* — ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur. *L. 1. § 1. D. de cur. bon.* (42, 7). *Paul.* — curator bonis constituendus est, aut bona vendenda. *§ 2.* Sed si grave aes alienum sit, quod ex poena crescat, per curatorem solvendum aes alienum. *L. 14. pr. D. h. t.* curator constitui debet, si quaedam actiones periturae sunt. *L. 23. § 2. D. de her. inst.* (28, 5). — interim quae urgebunt per curatores distrahi.

51) *Dig.* 42, 7. *de curatore bonis dando.* *L. 2. pr. §§ 3. 4.* Schon die *Lex agraria* a. 643. erwähnt ihn. S. Note 20. Ob eius richtig restituirt ist, bezweifle ich.

52) *L. 2. §§ 1. 2. D. de cur. bon.* (42, 7). *L. 9. D. ratam rem hab.* (46, 8). S. auch *lex agrar. cit.*, welche den Kauf vom Curator für gültig zu erklären scheint.

Erhaltung und Nutzbarmachung der Masse dienen sollen[53]). Dazu gehört namentlich auch die Heranziehung alles dessen, was der Schuldner in fraudem creditorum veräußert hat[54]).

Da überhaupt der Besitz der Gläubiger in der Regel rein conservatorisch ist[55]), so hat der Prätor eigene in factum actiones aufgestellt, durch welche Früchte, die der Einzelne gezogen hat, an die Masse herausgegeben und dolose Beschädigungen derselben von ihm ersetzt, dagegen Auslagen, die er gehabt hat, ihm erstattet werden sollen[56]).

Die mit der Immission verbundene öffentliche Bekanntmachung (bonorum proscriptio)[57]) erfolgt gleichfalls durch den immittirten Gläubiger[58]) mittelst Anschlägen (libelli) an den besuchtesten Orten der Stadt[59]), und entspricht dem Decret des Prätors, verkündet also entweder nur, daß die Einweisung in die Güter dieses Schuldners verfügt, oder auch daß der Verkauf derselben damit eingeleitet sei[60]). Der Zweck derselben

53) *L. 14. pr. D. h. t. L. 1. § 2. D. de cur. bon.* (42, 7) in Note 50.

54) *L. 1. pr. D. quae in fr. cred.* (42, 8).

55) *L. 7. pr. D. quib. ex caus.* (42, 4). *Ulp.* — creditores rei conservandae causa missos ex his rebus ali non debere. *cf. L. 39. pr. D. h. t.*

56) *L. 9. L. 10. L. 11. pr. L. 14. § 1. D. h. t.* Auch der Curator vertritt in dieser Beziehung die übrigen Gläubiger, und wenn es nicht zur bonorum venditio kommt, so tritt der Schuldner in diese Rechte und Verpflichtungen ein *L. 9. § 3. cit.*; im Fall der bonorum venditio der bonorum emptor.

57) *Gai.* III. § 78. iubet ea (*sc. bona*) Praetor — possideri et proscribi. *Lex Rubria* in Note 30. possideri proscreibeive *Lex Iul. mun.* in Note 35. possessa proscriptave. Es ist also ein zweiter Anachronismus des Theophilus cit., daß er, dem Gaius vorlag, die mit der Immission verbundene proscriptio (προγραφή) nicht erwähnt, was Huschke, Nexum S. 151 Note 215 vergeblich zu rechtfertigen sucht. Vgl. Note 31.

58) *Gai.* III. § 220. sive quis bona alicuius quasi debitoris — proscripserit.

59) *Cic. pro Quint.* 15. — cuius bona ex edicto possidentur —: de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur. 6. Libellos Sex. Alfenus, procurator P. Quintii — deicit. 19. 20. *Seneca de benefic.* IV. 12. spondeo pro iudicato et suspensum amici bonis libellum deicio, creditoribus eius me obligaturus: ut possim servare proscriptum, ipse proscriptionis periculum adeo.

60) S. dagegen Huschke cit. und Dernburg cit. S. 108, welche beide übersehen, daß der

ist, allen bei der Sache Interessirten Kenntniß davon zu geben, namentlich den übrigen Gläubigern und den Freunden des Schuldners, die etwa seine Defensio übernehmen konnten; im zweiten Fall auch, um schon jetzt möglichst viele Speculanten anzulocken. Die für beides im Edict angesetzte Frist ist, wenn die Güter eines lebenden Schuldners verkauft werden sollen, dreißig Tage, für einen Verstorbenen fünfzehn [61]), und zwar deshalb im ersten Fall länger, um die Defensio des Lebenden und die Abwendung der mit Ablauf dieser Frist verknüpften Infamia zu erleichtern [62]). Ohne Zweifel wurde auch diese Frist in dem Decret des Prätors und in der Proscriptio zur Nachachtung verkündigt; war dagegen die Immission ohne Verkaufsrecht nur als Arrest verfügt, so geschah dieß natürlich ohne Zeitbeschränkung, weil der Prätor das Weitere nach Umständen zu verfügen sich vorbehielt [63]).

Die übrigen Gläubiger, die auf diese Weise Kunde von dem Ausbruch des Concurses, wie wir es nennen, erhalten, sind befugt, mit gleichem Recht wie der zuerst Eingewiesene in den Mitbesitz einzutreten; jener hat durch seinen Antrag und der Prätor durch sein Decret nur gethan was im Interesse Aller liegt [64]). Ja sie müssen von jetzt an in dieser Weise ihre Be-

Prätor regelmäßig von vornherein dem Gläubiger das Recht zum Verkauf ertheilte. S. oben Note 34 und unten Note 63. 69.

61) *Gai.* III. § 78. Si quidem vivi bona veneant, iubet ea Praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi, si vero mortui, per dies XV.

62) *Gai. cit.* quare autem tardius viventium bonorum venditio compleri iubetur, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditionem paterentur.

63) Rücksichtlich des Pupillen in der Stelle des Edicts *L. 5. § 2. D. quib. ex caus.* (42, 4). — Nach Huschke's und Dernburg's Ansicht Note 60 hätte das Decret und die Proscriptio die Betheiligten und das Publicum auch über alles dieß im Dunkeln gelassen.

64) *L. 12. pr. D. h. t. Paul.* Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quaeritur utrum solus is qui petit possidere potest? an cum unus petit et Praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit? Et commodius dicitur, cum Praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem permissum videri; quod et Labeo putat. Nec videtur libera persona acquirere alii, quia nec sibi acquirit quidquam, cui Praetor

friedigung suchen, und was sie sonst erhalten in die Masse einwerfen [65]).

Andrerseits kann der Schuldner jetzt noch durch Befriedigung aller Gläubiger oder durch Defensio auch ohne Satisdation den Alleinbesitz seines Vermögens wiedererlangen und wird zu diesem Behuf von Seiten des Prätors durch ein besondres Interdict geschützt [66]). Ein Dritter freilich, der für ihn auftritt, muß wie jeder Defensor satisdatio iudicatum solvi stellen [67]).

Nach Ablauf der dreißig- oder fünfzehntägigen Frist befiehlt der Prätor durch ein neues Decret oder Edict den Zusammentritt der Gläubiger und die Wahl des Magister aus ihrer Zahl, d. h. dessen, durch welchen die Güter verkauft werden sollen [68]). Eines neuen Befehls zum Verkauf und einer neuen Bekanntmachung desselben bedurfte es nicht [69]), da beides eventuell gleich Anfangs geschehen ist. Die Sache tritt aber allerdings damit in

permisit, sed aliquid ex ordine facit: et ideo et ceteris prodest. *L. 5. § 2. D. ut in poss.* (36, 4). *Cic. pro Quint.* 23. Etenim si ex edicto possedisti, quaero cur bona non venierint, cur ceteri sponsores et creditores non convenerint. Nemone fuit, cui deberet Quintius? — Dernburg cit. S. 81. 115 behauptet ein Vorzugsrecht des zuerst Eingewiesenen in offenbarem Widerspruch mit *L. 6. § 7.* in Note 65. Vgl. auch *L. 5. § 3. D. ut in poss. leg.* (36, 4). — *L. 3. C. I. qui pot.* (8, 18) bezeugt das Vorzugsrecht der städtischen Gemeinden.

65) *L. 6. § 7. D. quae in fr. cred.* (42, 8). *Ulp.* — Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praecipere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset. Vorher kann er es, sibi enim vigilavit.

66) *L. 5. §§ 2. 3. D. quib. ex caus.* (42, 4). Erst mit Ablauf der Frist von 30 Tagen wird der Schuldner infamis und persona suspecta. S. Note 70.

67) *Seneca de benefic.* IV. 12. in Note 59.

68) *Gai.* III. § 79. postea iubet (*sc. Praetor*) convenire creditores, et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona veneant. *cf. Cic. pro Quint.* 15. *ad Att.* I. 1. VI. 1. *ad famil.* XII. 30. *Quintil.* VI. 3, 51. Von ihm handelte *Paul. lib.* 59. *ad edictum. L. 57. D. de verb. sign.* (50, 16).

69) *Gai. cit.* weiß nichts davon; es ist ein dritter Anachronismus des Theophilus, daß er, in den Anschauungen seiner Zeit befangen, an dieser Stelle eine προγραφή des Verkaufs annimmt, wenn anders seine Darstellung der Reihenfolge der Akte folgt. Auch nennt er diese Zusam-

ein neues Stadium, das der Bonorum Venditio ein, und dieß hat die wichtige Folge, daß der Schuldner von jetzt an infamis ist und zur Defensio, ja zur Uebernahme irgend einer späteren Klage nur gegen satisdatio iudicatum solvi zugelassen wird [70]).

Aber der Verkauf selbst bedurfte allerdings, außer der Wahl des Magister durch die Majorität der Gläubiger [71]) unter der Autorität des Prätors, noch einer näheren Vorbereitung; denn es war eben so unmöglich, Alles bei diesem wichtigen Geschäft dem Ermessen dieses Bevollmächtigten zu überlassen, als die Gläubiger zu neuen Beschlüssen zusammenzurufen. Die Verkaufsbedingungen (lex venditionis) mußten von ihnen festgestellt und durch den Magister öffentlich bekannt gemacht werden [72]), natürlich als ein Zusatz zu der allgemeinen, gleich Anfangs aufgestellten Proscriptio [73]), welcher den Tag der Versteigerung [74]), die Zahlungsbedingungen und etwa die Sicherheitsleistung des Käufers enthalten mußte. Und nichts mehr? Sollte der Verkaufspreis ganz in die Beurtheilung des Magister gestellt worden sein? Pflegt doch auch heutzutage bei einer großen und wichtigen Versteigerung, z. B. eines Landguts, dem damit Beauftragten von dem Verkäufer stets ein Minimum, unter

menkunft der Gläubiger *δευτέρα προσέλευσις*, secunda aditio Praetoris, weil er voraussetzt, daß gleich Anfangs die Missio von ihnen allen beantragt worden sei. *cf. L. 10. pr. C. I. h. t.*

70) Der scheinbare Widerspruch, daß *lex Iul. mun. v.* 116. *sq.* die Infamia und *Gai.* IV. § 102. Ulpian in *L. 33. § 1. D. h. t.* die Verpflichtung zur Satisdation an die bonorum possessio et proscriptio, derselbe *Gai.* II. § 154. jene an die bonorum venditio knüpft, löst sich durch *Cic. pro Quint.* 8., wonach Besitz und Proscription während dreißig Tagen, also der Ablauf dieser Frist und damit die Entscheidung, daß es zur Bonorum Venditio kommen werde, das Stadium der Bonorum Venditio, als Bedingung des Einen und Andern gefordert wird. Dieß hat zuerst *Keller, Sem.* § 6. überzeugend nachgewiesen.

71) Nach Analogie des Curator *L. 2. pr. D. de cur. bon.* (42, 7).

72) *Cic. pro Quint.* 15. cui magistri fiunt et domini constituuntur: qui qua lege et qua conditione pereat, pronuntient.

73) *Theophil. cit.* *λοιπὸν γὰρ τῇ εἰρημένῃ παραγραφῇ προσετίθεσαν τάδε.* S. Note 75.

74) *Arg. Cic. Verr.* I. 54. locare incipit non proscripta atque edicta die, alienissimo tempore. *cf. ad fam.* XII. 30. Note 76.

welchem er den Zuschlag nicht ertheilen soll, gesetzt zu werden. Es liegt daher ganz im Zusammenhang der Sache, wenn uns berichtet wird, daß die versammelten Gläubiger nach Einsicht der Masse und ihrer Verhältnisse die Prozente bestimmten und durch den Magister bekannt machen ließen, unter welchen dieser das Vermögen keinem Käufer addiciren sollte[75]). Fand sich Niemand, der so viel bot, so mußte dann freilich der Verkaufstermin aufgeschoben[76]) und wenn auch dieß nicht half, ein neuer Beschluß der Creditoren extrahirt werden, ein Fall der gewiß nur selten eintrat, da Geschäftsmänner eine Masse ziemlich sicher zu taxiren pflegen[77]).

Auch für diese Vorbereitung des Verkaufs durch Feststellung der Lex Venditionis und für den Verkauf selbst hatte der Prätor in seinem Edict Fristen vorgeschrieben, im Ganzen abermals dreißig Tage, für die Vollendung der Bonorum Venditio überhaupt also sechzig, im Anschluß an die Zwölf Tafeln, nach welchen der Schuldknecht in eben so vielen Tagen den Gläubigern verfiel; bei der Bonorum Venditio eines Verstorbenen die Hälfte der Zeit[78]). Mit dem Ablauf der ersten dreißig Tage, oder jeden Falls mit der Feststellung der Lex Ven-

75) *Theophil. cit.* *εἶτα ὀλίγων παραδραμουσῶν ἡμερῶν ἐγίνετο καὶ τρίτη ποσέλευσις, ἐν ᾗ ἐπετρέποντο ποιήσασθαι* legem bonorum vendundorum, *τουτέστιν ὅρον τῶν διαπιπρασκομένων· λοιπὸν γὰρ τῇ εἰρημένῃ προγραφῇ προσετίθεσαν τάδε· ὁ ἀγοράζων, ὅτι τοῖς κρεδίτωρσι (λόγου χάριν) ἔχει ἀποκρίνασθαι εἰς τὸ ἥμισυ τῶν χρεῶν, ὥστε τὸν ἐποφειλόμενον ἑκατὸν λαβεῖν νομίσματα πεντήκοντα, καὶ τὸν ἐποφειλόμενον σ΄ λαβεῖν ἑκατόν.* Dieß konnte Theophilus dem Rechte seiner Zeit nicht entlehnen, und wie sollte er darauf gekommen sein, wenn er es nicht in älteren Schriften fand? Auch stimmt es mit Gaius Note 78 überein.

76) *Cic. ad fam.* XII. 30. — a magistris cum contenderem de proferenda die.

77) Dieser ganze Zusammenhang erscheint mir so natürlich, daß ich nicht begreife, wie er Keller's geschäftskundigem Blick entgehen konnte. *Sem.* § 5.

78) *Gai.* III. § 79. itaque si vivi bona veneant, in diebus *X legem bonorum vendendorum fieri* iubet, si mortui in die*bus V*, *a qui*bus *tandem* vivi bona *die* XX., mortui vero *die* X. emptori addici iubet. quare autem tardius viventium bonorum venditionem compleri iubet*ur rel.* (s. oben Note 62) nach Huschke's sinnreicher Restitution. Vgl. wegen der verschiedenen Fristen *Theophil. cit.*

ditionis muß auch die Präclusion aller nicht angemeldeten Forderungen eingetreten sein, weil ohne einen fest stehenden Status passivus weder jene Taxation, noch Gebote von Seiten der Käufer mit Sicherheit abgegeben werden konnten. Auch entsprach es allgemeinen Rechtsprincipien, daß nur diejenigen Gläubiger, welche die Verkaufsbedingungen gestellt, an dem Erfolg desselben Theil hatten [79]).

Die Bonorum Venditio selbst erfolgt durch öffentliche Versteigerung (auctio) [80]), und wird durch die Addictio des Magister an den Meistbietenden perfect [81]). Bei gleichem Gebot geht ein Gläubiger, und unter mehreren Gläubigern der am meisten zu fordern hat, vor; demnächst ein Verwandter des Schuldners jedem Fremden [82]). Die Gebote und der Zuschlag bezogen sich aber, wie bemerkt, auf Prozente (pro portione), zu deren Zahlung an die Gläubiger der Käufer sich verpflichtet [83]), während er, wie der Sector, auf einen Gewinn durch Einzelverkauf der Güter (distractio) speculirt [84]).

79) In Justinians Compilation findet sich keine Spur dieses Rechtssatzes, weil jetzt der Concurs sich, ähnlich wie bei uns, Jahre lang hinzog und die Präclusion erst nach 2 oder 4 Jahren eintreten sollte. *L. 10. C. l. h. t.* Das Gegentheil behauptet Dernburg cit. S. 145. Dann wäre die bonorum emptio ein gewagtes Geschäft gewesen.

80) *Cic. pro Quint.* 15. de quo homine praeconis vox praedicat et pretium conficit, huic acerbissimum vivo videntique funus indicitur: si funus id habendum sit, quo non amici conveniunt ad exsequias cohonestandas, sed bonorum emptores ut carnifices ad reliquias vitae lacerandas et distrahendas. *in Verr.* II. 18. omnium bonorum — possessio traditur. *c.* 19. auctio facta est.

81) *Gai.* III. § 79. — magistrum —, per quem bona veneant. *Theophil. cit.* *τότε προσεκυροῦτο ἡ περιουσία τῷ ἀγοραστῇ, καὶ ἐλέγετο ὁ ἀγοραστὴς* bonorum emptor.

82) *L. 16. D. h. t. cf. L. 4. C. l. eod.* Nach *Cic. Verr.* I. 54. ubi illa consuetudo in bonis — vendendis omnium — Praetorum, Quaestorum denique, ut optima conditione sit is, cuia res sit, cuium periculum? scheint auch der Schuldner selbst, natürlich gegen Caution, zugelassen worden zu sein.

83) *Gai.* II. § 255. *cit.* in Note 109. Vgl. Note 98.

84) Hierauf gehen die letzten Worte bei *Cic. pro Quint.* 15. in Note 80. Ueber den Sector s. *Pseudo-Ascon.* in Note 13. Auch dieser Einzelverkauf erfolgte meist durch Versteigerung. *Cic. ibid.* Cuius vero bona venierunt, cuius non modo illae amplissi-

Die Rechtsform dafür war auch eine per universitatem successio, aber nicht wie bei dem Verkauf im Namen des Staats nach Civilrecht, sondern nach prätorischem[85]). Der Käufer (bonorum emptor) wird in der Besitzergreifung der Masse durch ein eigenes Interdict, welches Einige interdictum possessorium nannten, geschützt[86]). Mit und in der Universitas Bonorum gehen auch alle einzelnen dazu gehörigen Vermögensrechte nach prätorischem Recht auf ihn über. Die körperlichen Sachen hat er deshalb, wie der prätorische Erbe, nur in bonis und usucapirt sie pro emptore[87]); desgleichen hat er den Ususfructus, so lange der Schuldner lebt, unter prätorischem Schutz[88]). Auch was dieser zum nothwendigsten Lebensunterhalt bedarf, wird ihm nicht gelassen[89]). Nur seine Concubina und seine natürlichen Kinder, die als Sklaven streng genommen zu seinem Vermögen gehören[90]), auch die ihm zu Ehren errichteten Bildsäulen, selbst wenn sie nicht öffentliches, sondern sein Privateigenthum sind, werden ausgenommen[91]).

Auch die Forderungen und Schulden gehen zwar nicht ipso iure auf den Bonorum Emptor über, aber der Prätor giebt ihm und gegen ihn utiles actiones[92]), und zwar in doppelter Form. Die von dem Prätor Servius aufgestellte Formula

mae fortunae (der Verkauf des Ganzen), sed etiam victus vestitusque necessarius sub praecone cum dedecore subiectus est *rel.* Vgl. Note 12.

85) *Gai.* II. § 98. III. § 78. *Theophil. cit.* ὥσπερ ὁ bonorum possessor. *ἀμφότεροι γὰρ πραιτώριοι διάδοχοι.*

86) *Gai.* IV. § 88. erwähnt es als ein interdictum adipiscendae possessionis.

87) *Gai.* III. § 80. neque autem bonorum possessorum, neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex iure Quiritium autem ita demum acquiruntur, si (*sc. eas*) usuceperunt. *L.* 2. *§ 7. D. pro emptore* (41, 4). Für die Form der Klage s. Note 92.

88) *L.* 8. *pr. D. h. t.*

89) *Cic. pro Quint.* 15. Note 83. victus vestitusque.

90) *L.* 38. *pr. D. h. t.*

91) *L.* 29. *D. eod.*

92) *Gai.* III. § 81. Item quae debita sunt ei, cuius fuerunt bona, aut ipse debuit, neque bonorum possessores, neque bonorum emptores ipso iure debent, aut ipsis debentur: *et ideo* de omnibus rebus *utilibus actionibus et experiuntur et conveniuntur, quas inferius proponemus.* nach Huschke's sachlich richtiger Restitution.

(actio Serviana) enthielt dieselbe Fiction, welche den Klagen des Bonorum Possessor eingerückt zu werden pflegte, nehmlich der Bonorum Emptor sei Erbe des Schuldners; der Prätor P. Rutilius aber führte eine Formula ein, deren Intentio aus der Person des Schuldners hergenommen, deren Condemnatio aber auf den Bonorum Emptor gerichtet war [93]), also wie bei Procuratoren und anderen Repräsentanten, eine Form, die natürlich nur möglich ist, wenn das Vermögen eines Lebenden verkauft worden [94]). Die Condemnatio beider Formeln war, auch wenn ein Certum eingeklagt wurde, incerta [95]).

Die Schulden werden von den Gläubigern in denselben Formen von dem Bonorum Emptor eingeklagt, wobei sie deren Grund und Gegenstand zu beweisen haben. Als verpflichtende causa debendi gilt natürlich die gegen den Gemeinschuldner rechtsgültig ausgesprochene Condemnation; nicht aber dessen Confessio, insofern er selbst, also auch der an seine Stelle getretene Bonorum Emptor noch auf Untersuchung in einem Judicium provociren kann [96]). Noch weniger die Missio in Bona, durch welche über die Forderung nicht entschieden, zu welcher der erste Antragsteller von dem Prätor und eben so jeder später sich Meldende von seinen Mitgläubigern nur hypothetisch zugelassen worden ist. Aber da der Bonorum Emptor die Schulden nur zu den gebotenen Prozenten (pro portione) übernommen hat, so haftet er auch nur zu diesen, was in der Formula

93) *Gai.* IV. § 34. — is qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. § 35. Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. sed interdum et alio modo agere solet: nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est quod illius esset, vel illi dare oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur: quae species actionis appellatur actio Rutiliana, quia a Praetore Publio Rutilio, — conparata est. superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur.

94) *L. 74. § 2. D. de iud.* (5, 1).

95) *Gai.* IV. § 68. — ubique bonorum emptore agente, qui, licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.

96) S. oben § 105.

seinen Ausdruck gefunden haben muß [97]), und jeder Gläubiger erhält auf diese Weise seine verhältnißmäßige Befriedigung [98]). Nur diejenigen Gläubiger, die von dem Bonorum Emptor im Namen des Gemeinschuldners belangt werden, können eine Gegenforderung, die sie gegen diesen haben, zur Compensation bringen und erlangen, so weit diese reicht, ihre volle Befriedigung [99]).

Diese Grundsätze erlitten eine Modification, als privilegirte Forderungen eingeführt wurden; und zwar schon in der Lex Venditionis. Denn mußte bei dem Verkauf selbst aus ihnen eine besondre Classe gebildet und ihnen die volle Befriedigung vorbehalten, den übrigen Gläubigern aber konnten nur die Prozente zugesichert werden, welche der Rest der Masse abwirft [100]). Anders mit den dinglichen Rechten. Der Eigenthümer einer im Besitz des Gemeinschuldners, jetzt des Bonorum Emptor befindlichen Sache, vindicirt sie und sie muß ihm als gar nicht zur Masse gehörig restituirt oder ihr voller Werth ersetzt werden [101]). Ebenso nimmt der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache vorweg, wenn er nicht schon von den immittirten Gläubigern oder dem Curator Bonorum befriedigt worden ist, oder der Bonorum Emptor nicht vorzieht, die Restitution durch Zahlung der Schuld abzuwenden [102]). Die Vermehrung der Pfandrechte, insbesondre am ganzen Vermögen des Schuldners, ließ sie freilich in späterer Zeit als eine in erster Linie zu befriedigende

97) Dernburg cit. S. 144 vermuthet durch eine der Condemnatio hinzugefügte Taxatio, z. B. dumtaxat partis dimidiae.

98) *Seneca, de benefic.* IV. 39. foro cesserit, portionem feram. *L. 6. § 7. D. quae in fraud.* (42, 8). Note 65. — hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus. *L. 6. C. I. h. t. Diocl. et Max.* — possessione bonorum, itemque venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest.

99) Von dieser eigenthümlichen Compensation, deductio genannt, handelt *Gai.* IV. §§ 65—68.

100) Daß die Privilegien bei der Bonorum Venditio berücksichtigt wurden, beweisen die bezüglichen Stellen in *Dig.* 42, 5., insbesondre *LL. 17—24. 26. L. 24. § 2.* sagt: a ceteris creditoribus separantur.

101) *L. 24. § 2. D. h. t. L. 1. C. I. de privilegiis fisci* (7, 73).

102) *Arg. L. 15. § 5. D. de re iud.* (42, 1). *L. 1. § 2. D. de cur. bon.* (42, 7).

Classe der Gläubiger erscheinen. Nur wenn solche nicht vorhanden oder nachdem sie befriedigt waren, konnte es also zur Missio in Bona und Bonorum Venditio kommen, an der sie selbst keinen Theil nahmen [103]).

Für den Gemeinschuldner (defraudator)[104]) besteht die Wirkung der vollzogenen Bonorum Venditio in dem Verlust seines ganzen Vermögens, jedoch auch nicht ipso iure. Die aus früheren Verhältnissen herrührenden Klagen (ex ante gesto) aber werden ihm versagt [105]), und ebenso ist er gegen solche Klagen durch eine Einrede geschützt[106]). Nur 1) die Actio Pauliana, durch welche regelmäßig von Dritten revocirt wird was der Schuldner in fraudem creditorum an sie veräußert hat, soll auch gegen ihn selbst gegeben werden, wenn sie in jener Richtung keinen Erfolg verheißt, und zwar zur Strafe des Schuldners, worunter nur die Schuldhaft (poena carceris) verstanden werden kann[107]); denn, da alle seine Activa auf den Bonorum Emptor übergegangen sind, so ist Schadensersatz von ihm nicht zu erwarten. 2) Wenn er wieder zu Vermögen kommt,

103) *L. 6. C. I. h. t. Diocl. et Max.* — si quidem debitoris tui ceteri creditores pignori res acceperunt, potiores eos quam te chirographarium creditorem haberi non ambigitur. Quodsi specialiter vel generaliter nemini probentur obligatae —: possessione bonorum itemque venditione — omnibus creditoribus consuli potest.

104) *Gai.* IV. § 65. *L. 4. D. de cur. bon.* (42, 7). fraudator. In andern Stellen wird nur der Gemeinschuldner so genannt, der etwas in fraudem creditorum veräußert hat. *L. 6. § 9. L. 14. L. 25. § 7. D. quae in fr. cred.* (42, 8).

105) *L. 40. D. de op. lib.* (38, 1). *Pap.* Si bona patroni venierunt, operarum, quae post venditionem praeterierint, actio patrono dabitur, et si alere se possit: ante venditionem praeteritorum non dabitur, quoniam ex ante gesto agit.

106) *L. 25. § 7. D. quae in fr. cred.* (41, 8). S. folg. Note. *cf. L. 3. C. I. h. t.*

107) *L. 25. § 7. cit. Venul.* Haec actio etiam in ipsum fraudatorem datur, licet Mela non putabat in fraudatorem eam dandam; quia nulla actio ex ante gesto post bonorum venditionem daretur, et iniquum esset, actionem dari in eum, cui bona ablata essent. Si vero quaedam disperdidisset, si nulla restitutione recuperari possent, nihilo minus actio in eum dabitur: et Praetor non tantum emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam poenam.

können die Gläubiger, insoweit sie durch die Bonorum Venditio nicht befriedigt worden sind, von Neuem gegen ihn klagen und es selbst zu einer zweiten und mehrmaligen Bonorum Venditio bringen[108]. Ausgenommen ist der necessarius heres, d. i. der Sklave, der im Testament für frei erklärt und zum Erben eingesetzt worden, damit die Ignominia, die mit der Bonorum Venditio verknüpft ist, nicht den Erblasser treffe, sondern ihn. Dafür soll Alles, was er nach dem Tode des Testirers, seines Patrons, vor oder nach der Bonorum Venditio, nicht ex hereditaria causa erwirbt, ihm verbleiben, d. h. die Erbschaftsgläubiger sollen deshalb nicht gegen ihn klagen und eine zweite Bonorum Venditio beantragen können[109].

Alle Folgen der Bonorum Venditio, also die Infamia und der Verlust des Vermögens, werden rückgängig, wenn der Schuldner in einem Präjudicium beweist, daß sie nicht rechtsgültig erfolgt sei[110]. Die Durchführbarkeit dem Bonorum Emptor, denjenigen die von ihm gekauft haben und den Gläubigern gegenüber, zumal nach längerer Zeit, erscheint freilich sehr zweifelhaft.

Dieses prätorische Concursverfahren wurde in der Kaiserzeit in zwiefacher Weise modificirt.

Die lex Iulia de cessione bonorum[111]) stellte eine

108) *Gai.* II. § 155. s. folg. Note. *cf. L. 7. D. de cess. bon.* (42, 3).

109) *Gai.* II. § 154. — ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem, quam ipsum testatorem contingat. § 155. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi acquisierit, sive ante bonorum venditionem, sive postea, ipsi reserventur. et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit acquisitum, —: cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea acquirant, etiam saepius eorum bona venire solent. *cf. L. 1. § 18. D. de separat.* (42, 6).

110) *L. 30. D. h. t. cf. L. 7. § 3. D. quib. ex caus.* (42, 4).

111) *Gai.* III. § 78. qui ex lege Iulia bonis cedunt. *L. 4. C. I. qui bonis cedere possunt* (7, 71). *Diocl. et Max.* Legis Iuliae de bonis cedendis beneficium constitutionibus divorum nostrorum parentum ad provincias porrectum esse, — no-

neue Form der Einleitung desselben auf, nehmlich durch freiwillige, formlose Erklärung des Schuldners, daß er sein ganzes Vermögen seinen Gläubigern abtrete[112]), wobei vorausgesetzt wird, daß seine Schuld durch richterliches Urtheil, Confessio in Jure oder außergerichtliche Anerkennung feststehe[113]). Diese Cession giebt den Gläubigern nicht das Eigenthum der Güter, sondern nur die Dispositionsbefugnisse und das Verkaufsrecht gleich der prätorischen Immission[114]). So lange sie besteht, werden daher alle Klagen dem Schuldner und gegen ihn versagt[115]). Er kann aber bis zur Bonorum Venditio durch Zahlung oder Defensio die Cession wieder rückgängig machen[116]).

Uebrigens ist das Verfahren das gewöhnliche: der Prätor ermächtigt die Gläubiger zur bonorum possessio und proscriptio während dreißig Tagen; dann kommt es zur Wahl des Magister und zur Bonorum Venditio in den beschriebenen Formen und mit denselben Wirkungen[117]). Worin besteht also der Vortheil, der den Schuldner bewegen kann, den Concurs selbst einzuleiten? 1) Er entgeht dadurch der Schuldhaft[118]);

tum est. *Rubr. C. Th.* 4, 20. qui bonis ex lege Iulia cedere possunt. Ob von Julius Cäsar oder von August, wird nirgends ausdrücklich gesagt. Das *Edict. Tib. Alex.* § 4. *Haubold. p.* 212. *ἑπόμενος τῇ τοῦ θεοῦ Σεβαστοῦ βουλήσει*, spricht indeß mehr für Letztern.

112) *L.* 9. *D. de cessione bonorum* (42, 3). *Marcian.* Bonis cedi non tantum in iure, sed etiam extra ius potest et sufficit et per nuntium vel per epistolam id declarari.

113) *L.* 8. *D. eod. Ulp.* Qui cedit bonis, antequam debitum agnoscat, condemnetur vel in ius confiteatur, audiri non debet, d. h. die Forderung des gegen ihn andringenden Gläubigers muß er anerkennen, um das beneficium cessionis zu genießen; für die später hinzutretenden gilt dieß nicht.

114) *L. 4. C. I. qui bonis* (7, 71).

115) *L. 17. pr. D. de receptis* (4, 8). Die Klagen müssen ihm versagt werden, weil, in Folge der Immission die Gläubiger oder ihr Curator sie hat; und gegen ihn, weil er nicht mehr zahlen kann, die Personalexecution aber nicht erdulden soll.

116) *L.3. L. 5. D. de cessione bon.* (42, 3). *L. 2. C. I. qui bonis* (7, 71).

117) *Gai.* III. §§ 78. 79.

118) *L. 1. C. I. qui bonis* (7, 71). *Alex.* Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati; in eo enim tantummodo hoc beneficium prodest, ne detrahantur in carcerem.

2) wird nicht Infamis [119]), und genießt 3) rücksichtlich aller früher entstandenen Schulden und des nach der Bonorum Venditio erworbenen Vermögens das s. g. Beneficium Competentiae, d. h. wird nur in id quod facere potest condemnirt, ist also auch dann noch vor Schuldhaft sicher, ja der nothdürftige Lebensunterhalt wird ihm gelassen [120]). Zu einer zweiten Bonorum Venditio kann es also erst dann kommen, wenn er mehr als diesen erworben hat [121]).

Es könnte hiernach scheinen, als müsse fortan um dieser Vortheile willen jeder insolvente Schuldner Bonis cedirt und die Schuldhaft und Einleitung des Verfahrens durch prätorische Immission gar nicht mehr statt gefunden haben. Da beides aber auch nach der Lex Julia als vorkommend bezeugt wird [122]), so hat man angenommen, nur dem durch Unglücksfälle verarmten Schuldner habe die Lex Julia jenes Beneficium gewährt, dem böslichen oder leichtsinnigen Bankerottirer es versagt. Das vollständige Schweigen unserer Quellen über diesen wichtigen Punkt läßt indeß diese gewöhnliche Annahme verwerflich erscheinen [123]), und praktisch betrachtet ist die Sache auch nicht so räthselhaft. Die Lex Julia wollte wirklich jeden Schuldner von der gehässigen Personalexecution befreien, stellte ihm aber zur Bedingung, daß er selbst freiwillig seine Insolvenz erkläre und den Gläubigern die Besitzergreifung und den Verkauf seines Vermögens möglich mache. Und daß dennoch später Schuld-

119) *L. 11. C. I. ex quib. caus. inf.* (2, 12). *Alex.* Debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt.

120) *L. 4. pr. § 1. D. de cess. bon.* (42, 3). *L. 3. C. I. de bon. auct. iud.* (7, 72). *§ 40. I. de act.* (4, 6).

121) *L. 6. L. 7. D. de cess. bon.* (42, 3).

122) Für die Schuldhaft s. § 113 Note 5. 6. Für die prätorische Immission *Gai.* III. § 78.

123) Die Stelle des *Seneca, de benefic.* VII. 16. *cit.* § 104 Note 28, die man dafür anzuführen pflegt, sagt im Gegentheil, daß nach römischem Recht von Alters her der unglückliche und der leichtsinnige Bankerottirer gleich behandelt wurden, um den Credit aufrecht zu erhalten. Auch *L. 1. C. Th. qui bonis* (4, 20) beweist nichts für die Lex Julia, und ebensowenig *L. 51. D. de re iud.* (42, 1), welche den, qui dolo fecerit, ut bona eius venirent, nur vom Beneficium Competentiae ausschließt.

haft und prätorische Immission nicht selten vorkamen, erklärt sich daraus, daß Schuldner überhaupt nur zu geneigt sind, sich über ihre Vermögensverhältnisse zu täuschen oder sonst irgendwie der Verfolgung ihrer Gläubiger zu entkommen hoffen, kurz, mit jener Erklärung warten, bis es zu spät ist [124]).

Eine zweite mildere Form des Concurses führte ein Senatusconsult für Personen senatorischen Ranges ein. Um die infamirende Bonorum Venditio zu vermeiden, soll ein Curator vom Prätor oder Provinzialstatthalter bestellt, durch diesen das Vermögen im Einzelnen verkauft und aus dem Erlös den Gläubigern ihre verhältnißmäßige Befriedigung verschafft werden (curator bonis distrahendis). Doch haben diese die Wahl, ob sie hierauf, oder auf die gewöhnliche Bonorum Venditio antragen wollen [125]). Obgleich hier keine Universalsuccession statt fand, wurde doch dem Schuldner jede Klage ex ante gesto versagt [126]).

---

2. Exsecutio extra ordinem.

§ 115. Sollen wir ein Urtheil über den so eben beschriebenen Ordo Executionis fällen, so sind seine Vorzüge, namentlich wenn wir ihn als Concursverfahren betrachten und mit dem heutigen vergleichen, unverkennbar. Während dieses das Gericht

124) Puchta, Instit. S. 245 macht diese treffenden Motive gegen meine frühere Ansicht Handbuch S. 327 geltend, hält aber dennoch an der gewöhnlichen Meinung, wenigstens für das spätere Recht, fest.

125) *L. 9.* (*Neratius*). *L. 5.* (*Gaius*). *D. de cur. fur.* (27, 10). *L. 9. § 3. D. de reb. auct. iud.* (42, 5). Aus *Lex agr. cit.* in Note 20 und *L. 1. pr. D. quae in fr. cred.* (42, 8) kann das ältere Vorkommen dieses Curators nicht geschlossen werden. Vgl. Rudorff cit. Note 61. Ein solcher wird auch für Pupillen u. s. w. bestellt *L. 6. pr. D. h. t. L. 7. § 11 D. quib. ex caus.* (42, 4) und privato consilio creditorum *L. 5. D. de cur. bon.* (42, 7). *L. 22. § 16. D. de mandati* (17, 1).

126) *L. 4. D. de cur. bon.* (42, 7). *Rescr. Impp. Antonini et Veri.*

mit einer langwierigen Verwaltung belastet und mit seinem verwickelten Liquidations- und Prioritätsverfahren den Gläubigern nach Jahrzehnten die Befriedigung nur insoweit verheißt, als die Kosten die Masse nicht aufgezehrt haben, weshalb jeder einsichtige Geschäftsmann den Accord vorzieht, so schritt nach römischem Recht der Prätor nur mit seiner Autorität ein, um die Gläubiger zur Besitzergreifung und zum Verkauf der Güter zu ermächtigen, auch die nöthigen Majoritätsbeschlüsse herbeizuführen. Die provisorischen und definitiven Dispositionen aber überließ er ihnen und bewirkte durch Regelung der Bonorum Venditio, daß jeder Einzelne in der einfachsten Weise und regelmäßig in der kurzen Frist von zwei Monaten seine verhältnißmäßige Befriedigung erhielt.

Andrerseits ist aber nicht zu leugnen, daß dieß Verfahren den wesentlichen Requisiten einer guten Executionsordnung, dem Kläger auf kürzestem Wege, aber mit möglichster Schonung des Beklagten, das zu verschaffen, was er mit seiner Klage zu erreichen wünscht, keineswegs entsprach; und dieser Umstand ist es, der neuere Schriftsteller zu der Behauptung veranlaßt hat, es müsse bei einem so praktischen Volk, wie die Römer waren, von jeher neben diesem Concursverfahren eine Specialexecution, insbesondere durch Pfändung (pignoris capio) bestanden haben, wodurch jenen Requisiten wenigstens für jede Geldforderung vollkommen genügt wurde. Allein da es durchaus an allen Zeugnissen für das frühere Vorkommen dieses Executionsmittels in Civilsachen fehlt, wie häufig es auch als Strafmittel der Magistrate, um sich in öffentlichen Angelegenheiten Gehorsam zu verschaffen, erwähnt wird [1]), so sind wir

1) Für diese s. § 30 Note 25 folg. 43. § 113 Note 12. Zur Beitreibung fiscalischer Schulden Labeo in *L. 9. § 6. D. ad leg. Iul. pecul.* (48, 13). — pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo, nicht zu verwechseln mit der Pfändung, um dem Fiscus aus dem Verkauf der Pfänder Befriedigung zu verschaffen. *Cerv. Scaevola* in *L. 21. § 1. D. qui pot.* (20, 4). — Daß sie Executionsmittel in Civilsachen „von Alters her" gewesen sei, behaupten u. A. Savigny, verm. Schr. II. 19. S. 4. 50. Dernburg,

darauf angewiesen, die Motive für jene auffallende Erscheinung in allgemeineren Rechtsanschauungen der Römer aufzusuchen. Der Entwicklungsgang des gesammten Executionsrechts seit den ältesten Zeiten läßt darüber keinem Zweifel Raum. Es war den römischen Begriffen von der unantastbaren Freiheit und ausschließlichen Herrschaft eines Bürgers über Haus, Hof und Zubehör durchaus zuwider, ihn im Interesse eines andern Bürgers durch den Magistrat stückweise seines Eigenthums berauben, gleichsam ihm die Federn eine nach der andern ausrupfen und also an seiner Ehre beschädigen zu lassen. Deshalb gewährten zwar schon die Zwölf Tafeln jedem Kläger ausreichende Mittel, seinen Gegner vor Gericht zur Rechenschaft zu ziehen, diesem ausreichende Mittel der Vertheidigung, auch nach seiner Verurtheilung geräumige Frist zur Zahlung. Erfüllt er aber weder die eine, noch die andere Verpflichtung, auf der die gesammte bürgerliche Rechtsordnung beruht, so wird er mit seiner Person und ganzen Habe dem Gläubiger Preis gegeben. Derselbe Grundsatz, der dem Sinne eines freien Volkes eben so angemessen, als praktisch gedacht ist, liegt nun auch dem Executionsrecht der spätern Gesetze und des prätorischen Edicts zum Grunde. Die Mittel der Vertheidigung und der Befriedigung sind noch vermehrt und also dafür gesorgt, daß ein tüchtiger Hausvater sich wohl behaupten kann. Ob er diese Mittel gebrauchen will, ist ganz seiner Beurtheilung überlassen. Läßt er sie aber ungebraucht, so wird er billiger Weise als ein solcher behandelt, der sich nicht behaupten könne, oder sich mit der gesammten bürgerlichen Ordnung in Widerspruch setzen wolle. Die Gerichtsobrigkeit kann also mit Ueberspringung

Emptio Bonorum S. 7 und Rudorff, Rechtsg. II. § 92 Note 2. 3, aber ohne Beweis; denn die Edictsworte in *L. 34. § 6. D. de iureiur.* (12, 2). solvere aut iurare cogam, können nur vermöge einer petitio principii dafür gelten. S. oben § 107 Note 56. Alle anderen dafür angeführten Stellen sprechen auch nur entweder von Zwang zur Zahlung oder von Vermögensexecution überhaupt, oder gehören der späteren Kaiserzeit an. — S. dagegen Zimmern, Puchta, Keller cit. in Note 3.

aller gelinderen Zwangsmittel zum Aeußersten, der Schuldhaft und der universellen Vermögensexecution, dem Concursverfahren, schreiten [2]).

Bestätigt wird diese Erklärung dadurch, daß man zuerst in der Kaiserzeit, wo die bürgerliche Freiheit keine Macht mehr war, und der kaiserliche Absolutismus, die Mittel nur nach Zweckmäßigkeit berechnete, von jenem Grundsatz abging. So entstand die exsecutio extra ordinem, deren zwei Arten wir jetzt betrachten.

I) Die Pfändung (pignoris capio) als Executionsmittel (in causa iudicati)[3]), die Beschlagnahme und der Verkauf einzelner Vermögensstücke des Schuldners, um daraus dem Gläubiger seine Befriedigung zu verschaffen, wird als ein Verfahren extra ordinem bezeichnet [4]). Es kommt zuerst, nach Abschluß des Edicts durch Hadrian, unter Antoninus Pius vor, der es durch Rescripte grundsätzlich regulirt, also vielleicht eingeführt hat [5]), und zwar von Anfang an sowohl im Anschluß

2) Vgl. Puchta, Instit. II. S. 246. Keller cit. Note 1037.

3) *Cod. Iust.* 8, 23. *si in causa iudicati pignus captum sit. Dig.* 42, 1. *de re iudicata et de effectu sententiarum*, enthält fast nur dieses Executionsmittel betreffende Fragmente, die folgenden Titel 4—8 betreffen die Missio in Bona. — Zimmern, Rechtsg. III. § 85. Puchta cit. S. 247. Keller cit. § 83.

4) *L. 50. D. de evict.* (21, 2). *Ulp.* Si pignora veneant per apparitores Praetoris extra ordinem sententias sequentes *rel.* Daß das regelmäßige Verfahren nach ius extraordinarium und nicht, wie Rudorff cit. will, eine unförmliche, gewissenlose Execution (non servato ordine) gemeint sei, beweist nicht nur der Plural sententias, sondern auch die Frage nach den rechtlichen Wirkungen des Verkaufs. S. unten Note 36. Deshalb handelten davon nicht Commentare zum Edict, sondern Callistratus lib. II. cognitionum *L. 31. D. h. t.* und Ulpian lib. II. de officio Consulis *L. 15. eod.* oder gelegentlich in den libri responsorum *L. 10. D. qui pot.* (20, 4).

5) *L. 31. D. h. t. Callistr.* — ex forma, quam Cassio Proconsuli divus Pius in haec verba praescripsit: His qui fatebuntur debere, aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur: eorum qui intra diem vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi: eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erunt.

an die Urtheile der Geschwornen, also den ordo iudiciorum privatorum[6]), als an die in Cognitionssachen vom Magistrat erlassenen Decrete[7]). Auch seine weitere Ausbildung hat dieß Verfahren durch kaiserliche Rescripte erfahren[8]). Die rechtlichen Grundsätze sind folgende.

Bedingung ist entweder ein gültiges condemnatorisches Urtheil und die daraus entsprungene liquide Geldschuld (causa iudicati)[9]), oder ein gerichtliches Geständniß von gleichem Inhalt[10]); denn nur wer eines Certum geständig ist, gilt jetzt in vollem Sinne des Wortes pro iudicato[11]). Ferner der Ablauf der gesetzlichen oder von der Gerichtsobrigkeit gesetzten Zahlungsfrist[12]).

Auf den Antrag (postulatio) des Klägers[13]) erläßt der competente und mit der nöthigen Gewalt versehene Magistrat[14])

6) *L. 15. pr. D. h. t. Ulp.* A divo Pio rescriptum est, magistratus populi Romani ut iudicum a se datorum vel arbitrorum sententiam *rel.* *cf.* §§ 2. *sqq.*

7) *L. 9. pr. D. de min.* (4, 4). *Ulp.* — sententia Praesidis vel Procuratoris Caesaris. *L. 21. § 1. D. qui pot.* (20, 4). *L. 5. § 16. D. de agn. lib.* (25, 3) u. s. w. Die Ansicht von Zimmern cit. u. A., der ich früher auch gefolgt bin, daß die Pignoris Capio zuerst in Cognitionssachen angewandt worden, ist also aufzugeben.

8) Von Sept. Severus und Caracalla *L. 15. §§ 1. 3. 4. 8. D. h. t. LL. 1—4. C. I. de exsecut. rei iud.* (7, 53). *L. 1. C. I. h. t.* — saepe rescriptum est. Alex. Sever *L. 2. eod.* Gordian *L. 3. eod. L. 5. C. I. de exsecut. rei iud.* (7, 53). Philippus *L. 6. eod.* Diocletian und Maximian *LL. 7—9. eod.* — secundum ea quae saepe constituta sunt. Wenn in *L. 29. § 7. D. ad leg. Aquil.* (9, 2) von ex lege pignus capere die Rede ist, so ist da entweder die alte Pignoris Capio, oder lex im weiteren Sinne gemeint.

9) *L. 10. D. qui pot.* (20, 4). *Ulp.* iure iudicatum. *L. 58. D. h. t. Ulp.* cum nulla sententia praecessisset. *L. 1. L. 8. C. I. de exsecut. rei iud.* (7, 53). Novation des Judicats schließt die Execution aus. *L. 2. eod.*

10) *L. 31. D. h. t.* in Note 5. *L. 9. C. I. de exsecut. rei iud.* (7, 53). *Paul.* V. 5[a]. § 4.

11) S. oben § 105 Note 40.

12) *L. 31. cit. L. 9. C. I. cit.*

13) *L. 2. C. I. h. t. Alex.* qui iudicatum fieri postulavit.

14) *L. 10. D. qui pot.* (20, 4). *Ulp.* — auctoritate eius qui iubere potuit. *L. 2. C. I. eod.* (8, 18). *L. 1. C. I. h. t.* cui ius iubendi fuit. Die potestas des Municipalmagistrats genügt. *L. 25. § 7. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). *L. 3. § 1. D. de reb. eor.* (27, 9). *L. 13. C. I. de evict.* (8, 45). Ueber die Competenz s. *L. 15. pr. § 1. D. h. t.* und oben § 72 Note 12. 24.

ohne causae cognitio einen simplen Befehl (iussus, interlocutio) [15]) an seine executiven Subalternbeamten (apparitores, exsecutores, officium), Vermögensstücke des Schuldners [16]) in Beschlag zu nehmen und zu verkaufen, und zwar in folgender Ordnung [17]): 1) Bewegliche Sachen, vorzugsweise Vieh oder Sklaven [18]). Auch baares Geld, das sich in der Kasse findet, oder beim Wechsler deponirt ist, kann genommen und ohne Weiteres der Gläubiger damit befriedigt werden [19]). 2) Fehlt es an solchen Sachen oder reichen sie nicht aus, Grundstücke [20]). 3) Endlich auch Rechte [21]), Schuldforderungen, die entweder eingefordert oder verkauft werden, je nachdem das eine oder das andere rascher zum Ziele führt [22]). Ausgenommen ist nur die Forderung öffentlicher Besoldungen (stipendia) [23]). Behauptet ein Dritter, Eigenthümer des Pfandes zu sein, so entscheidet der Magistrat darüber in summarischer Cognition, die jedoch dem Ordinarium nicht präjudicirt; im Zweifel soll zu unbestrittenem Eigenthum des Schuldners übergegangen werden [24]). Behauptet der Dritte eine Hypothek, so wird er abgefunden und der Rest zur Befriedigung des Klägers ver-

15) *L. 74. § 1. D. de evict.* (21, 2). *L. 1. C. I. h. t.* *L. 2. C. I. qui pot.* (8, 18). *L. 15. § 2. D. h. t. Ulp.* sic denique interloqui solent. S. Note 17.

16) Also z. B. nicht Sachen des Vormunds, sondern des Mündels, der aus dem Judicat haftet. *L. 1. C. I. quando fiscus* (2, 15). *L. 3. § 1. D. de reb. eorum* (27, 9).

17) *L. 15. § 2. D. h. t. Ulp.* Sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur. Das ganze Geschäft wird hiernach den Executoren übertragen und nur, wenn Rechtsstreitigkeiten entstehen, welche diese allerdings nicht entscheiden können, wird an den Magistrat zurückgegangen. *L. 6. C. I. de exsec. rei iud.* (7, 53).

18) *L. 15. § 2. cit.* primo res mobiles animales — moventia. *L. 25. § 7. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). — pecudes, servus.

19) *L. 15. §§ 11. 12. D. h. t.*

20) *L. 15. § 2. cit.* soli pignora.

21) *L. 15. § 2. cit.* iura. Ob darunter auch der Usufructus begriffen ist? *cf. L. 8. pr. D. de reb. auct. iud.* (42, 5).

22) *L. 15. §§ 2. 8. 10. D. h. t.* *L. 5. C. I. de exsecut. rei iud.* (7, 53). *L. 2. L. 3. C. I. quando fiscus* (2, 15).

23) *L. 4. C. I. de exsecut. rei iud.* (7, 53). — Nicht commoda praemiorum, quae propter coronas sacras praestantur. *L. 40. D. h. t. Papinian.*

24) *L. 15. § 4. D. h. t.*

wandt[25]). Schuldforderungen sollen, nur wenn sie unbestritten sind, in Anspruch genommen werden[26]).

Durch die Beschlagnahme wird ein Pfandrecht (pignus in causa iudicati captum) zu Gunsten des Klägers begründet[27]), dessen Verhältniß zu einem andern conventionellen oder prätorischen Pfandrecht sich nach der Zeitfolge richtet[28]). Das Pfand wird aber ihm nicht zum Verkauf ausgeliefert, sondern auch dieser wird, wenn der Schuldner das Pfand nicht binnen zwei Monaten durch Zahlung löst[29]), von den Apparitoren des Magistrats[30]) durch öffentliche Versteigerung[31]), Addiction an den Meistbietenden und Uebergabe des Besitzes an diesen[32]) gegen baare Bezahlung[33]) besorgt. Aus dem Erlös wird der Gläubiger befriedigt, der Ueberschuß an den Schuldner herausgezahlt[34]). Damit ist das Geschäft des exequirenden Magistrats und seiner Gerichtsunterbedienten zu Ende. Wird dem Käufer das Eigenthum der Sache von einem Dritten streitig gemacht, so ist dieß ein neuer Prozeß, mit dem jener nichts zu thun hat[35]); und daß diese wegen der Evictionsleistung nicht haften, versteht sich von selbst[36]).

25) *L. 15. § 5. D. h. t.*

26) *L. 15. § 9. D. h. t. L. 3. C. I. quando fiscus* (2, 15).

27) *L. 1. C. I. h. t.* iure pignoris.

28) *L. 10. L. 21. § 1. D. qui pot.* (20, 4). *L. 2. C. I. eod.* (8, 18).

29) *Rescriptum D. Pii* in *L. 31. D. h. t. cit.* Note 5. Merkwürdiger Weise dieselbe Frist, welche die Zwölf Tafeln für den Verfall des Schuldknechts, das prätorische Edict für die Bonorum Venditio vorschrieb.

30) *L. 2. C. I. h. t. Alex.* — per officium eius, qui ita decrevit, venundari solet, non per eum qui iudicatum fieri postulavit. *L. 50. D. de evict.* (21, 2). — per apparitores Praetoris. *L. 74. § 1. eod.* per officium.

31) *L. 2. C. I. h. t. Alex.* licitationem. *L. 3. C. I. de exsecut. rei iud.* (7, 53). *Sever. et Ant.* subhastatas.

32) *L. 15. § 6. D. h. t. Ulp.* — post addictum pignus — posteaquam inductus est emptor in possessionem.

33) *L. 15. § 7. D. h. t. Ulp.* praesenti pecunia.

34) *Rescriptum divi Pii* in *L. 31. D. h. t.* Note 5.

35) *L. 15. § 6. D. h. t.*

36) *L. 49. D. fam. erc.* (10, 2). *L. 56. D. de evict.* (21, 2). Wegen dolosen zu wohlfeilen Verkaufs haften sie dem Schuldner mit der actio doli. Die Evictionsleistung trifft den Schuldner und früheren Eigenthümer *L. 74. § 1. D. de evict.* (21, 2) oder den Gläubiger, in dessen Namen ver-

Bei der Versteigerung des Pfandes wird der Gläubiger zum Mitbieten zugelassen [37]), und wenn kein annehmliches Gebot gethan wird, so kann ihm schließlich die Sache für die Schuld zugeschlagen werden [38]).

II) Die Restitution oder Exhibition einer körperlichen Sache erlaubt sich jetzt der Magistrat, wenn die Sache klar ist, ohne Judicium, also auch in diesem Sinne extra ordinem, vermöge seiner Amtsgewalt (iure suae potestatis) durch seine Gerichtsunterbedienten (manu ministrorum, manu militari) direct zu erzwingen. So insbesondere bei den Interdicten, die ursprünglich zu solcher schleunigen Rechtshülfe eingeführt [39]), allmählig aber sich in Einleitungsformen eines verwickelten Ordinariums verwandelt hatten [40]). Ebenso wenn es gilt, ein Werk auf meinem oder auf gemeinschaftlichem Boden zu verhindern, an Stelle einer andern, das Interdict vorbereitenden Maßregel, der operis novi nuntiatio) [41]). Dagegen wird bei dare, insbesondere bei Geldzahlungen [42]), für welche auch im alten Recht jene schleunige Rechtshülfe nie eintrat,

kauft ist *L. 13. C. I. eod.* (8, 45), nach den allgemeinen Grundsätzen der distractio pignoris.

37) *L. 2. C. I. h. t. Alex.* — alio emptore non existente *rel.* bezeichnet nur die factische Veranlassung.

38) *L. 15. §§ 3. 6. D. h. t.* Nach *L. 3. C. I. h. t.* und *L. 3. C. I. de exsecut. rei iud.* (7, 53) nur in Folge kaiserlicher Ermächtigung.

39) *L. 22. C. Th. quor. bonor.* (13, 36). — beneficio celeritatis inventum.

40) S. oben § 98 Note 20.

41) *L. 3. §§ 1. 2. L. 5. § 10. D. de op. n. n.* (39, 1).

42) *L. 23. § 3. D. quod met. causa* (4, 2). *Ulp.* (1) Si quis quod adversario non debebat, delegante eo per vim apparitione Praesidis interveniente sine notione iudicis coactus est dare: iudex inciviliter extorta restitui ab eo qui rei damnum praestiterit, iubeat. (2) Quodsi debitis satisfecit simplici iussione et non cognitione habita, quamvis non extra ordinem exactionem fieri, sed civiliter oportuit, tamen quae solutioni debitarum ab eo quantitatum profecerunt, revocare incivile est. Im ersten Fall soll, was dem Beklagten mit Gewalt entrissen, also gar nicht Eigenthum des Klägers geworden ist, auf Befehl des Magistrats restituirt werden; im zweiten, wenn der Schuldner ohne Urtheil, auf bloßen Befehl gegeben oder gezahlt hat, so findet zwar die condictio indebiti statt (*cf. L. 1. C. I. de cond. ind.* 4, 5), hat aber natürlich keinen Erfolg, wenn es ein debitum war.

auch jetzt ein Zahlungsbefehl des Magistrats ohne Untersuchung oder gar Zwang für incivile und rechtsungültig erklärt.

In Cognitionssachen verfuhr der Magistrat überhaupt nach seinem freien Ermessen und gab daher auch seinem Urtheil durch directen oder indirecten Zwang Folge [43]); und da im Ordinarprozeß jetzt der Judex pedaneus gleichsam nur als Unterbeamter des Prätors untersucht und erkennt, von ihm beaufsichtigt und rectificirt wird, auch interimistische Maßregeln während des Judiciums von jenem getroffen werden [44]), so wäre es nur ein Schritt weiter, wenn auch die Pronuntiatio und das Arbitrium de restituendo des Judex auf Antrag des Klägers, dem seine Sache um keinen Preis feil ist, von dem Prätor und seinen Gerichtsunterbedienten exequirt würde: ein bedenklicher Eingriff in den ohnedieß vielfach durchlöcherten ordo iudiciorum wäre es nicht gewesen. Ob es aber wirklich grundsätzlich geschehen, hängt davon ab, ob die einzige Pandektenstelle, die es aussagt, unverfälscht, wie sie Ulpian niedergeschrieben, oder im Sinn des Justinianischen Rechts interpolirt ist [45]). Für das eine und für das andere läßt sich viel sagen [46]). Für die zweite Meinung bestimmt mich jetzt

43) *L. 41. D. de min.* (4, 4). *Iulian.* Si iudex circumvento in venditione adolescenti iussit fundum restitui *rel.* Durch die in integrum restitutio ist der Minor wieder Eigenthümer geworden, das Grundstück braucht ihm also bloß restituirt zu werden, weshalb er vindiciren könnte, aber der Prätor befiehlt und erzwingt die Restitution *L. 4. D. ad SC. Trebell.* (36, 1). *Ulp.* — cogatur heres institutus a Praetore adire et restituere hereditatem *rel.*, natürlich durch indirecte Zwangsmittel. Vgl. § 122.

44) S. oben § 71 Note 63. 68—74. § 62 Note 21—23.

45) *L. 68. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp. lib.* 51. *ad edictum.* Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur: et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quominus possit, — condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet.

46) Für die erste Meinung s. Zimmern cit. § 65 S. 198. Mein Handbuch S. 329 folg. Puchta cit. S. 247. Keller cit. § 83 S. 356. Rudorff cit. § 92 S. 306. Für die zweite Savigny,

eine andere Stelle desselben Ulpian, welche die Wahl des Klägers zwischen der Litis Aestimatio und der auf die Sache selbst gerichteten Execution, also die Möglichkeit dieser letzteren, ausschließt [47]); und sodann der Umstand, daß er in jener ersten Stelle diesen Grundsatz, der jeden Falls eine höchst wichtige Aenderung des bis auf seine Zeit bestehenden Rechts gewesen wäre, durchaus nicht als solche bezeichnet, auch keine Quellen dafür angiebt, sondern die Sache als selbstverständlich behandelt [48]). Ich will lieber glauben, daß die Antecessoren, die bei Abfassung der Pandekten thätig waren, und deren Kenntniß der alten Jurisprudenz noch in späteren Scholien sichtbar wird, aus dieser den Ausdruck für die neue Sache richtig entlehnt [49]), als daß einer der größten classischen Juristen einen ganz neuen Rechtssatz als eine bekannte Rechtsregel vorgetragen habe.

System V. § 221 S. 123. Wetzell, Vindicationsprozeß S. 126 folg. Dernburg, Pfandrecht II. S. 310.

47) *L. 3. § 2. D. de reb. eor.* (27, 9). *Ulp.* Item quaeri potest, si fundus a tutore petitus sit pupillaris, nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat? Et magis est ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fuit Schon Zimmern cit. Note 10 machte die Stelle als Bedenken geltend, beseitigte sie aber ungenügend durch die Annahme, daß die Restitution unmöglich gewesen. Nach Erscheinung meines Handbuches machte auch Ribbentropp mich auf sie aufmerksam, und jetzt provocirt Dernburg cit. darauf. Die Wahl läßt in einem ähnlichen Fall ausdrücklich zu *L. 21. § 4. D. de op. n. n.* (39, 1). *Ulp.* — quodsi ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, si hoc petitori placuerit; aber hier sind die letzten Worte offenbar interpolirt.

48) So Wetzell cit.

49) Durchweg zeigt Justinians Compilation verhältnißmäßig mehr Geschick in Behandlung der alten Rechtsquellen, als in der selbständigen Gesetzgebung.

E. Rechtsmittel.

1. Appellation[1]).

§ 116. Wir haben früher (§§ 61. 62) gesehen, daß der Gedanke, jedes richterliche Urtheil auf den Antrag einer Parthei der nochmaligen Prüfung eines höheren Richters zu unterwerfen, der Republik fremd war, daß er aber mit der Unterwerfung aller richterlichen Behörden unter die Centralgewalt des Kaisers naturgemäß hervortrat, und daß man bei seiner Verwirklichung zwar an die altrepublikanische, auch unter den Kaisern noch fortbestehende[2]) Intercession der par maiorve potestas und der Volkstribunen anknüpfte, daß aber die appellatio als ordentliches, durch regelmäßigen Instanzenzug bis zur höchsten Instanz des Kaisers hinaufführendes und nicht bloß Hemmung, sondern Reformation des Urtheils bezweckendes Rechtsmittel dennoch etwas wesentlich neues war[3]). Ohne Zweifel wurde es schon durch August gesetzlich so geregelt[4]), wie wir es in den Schriften der classischen Juristen[5]) und in den Constitutionen der Kaiser bis zum Ende des dritten Jahrhunderts[6]) finden.

1) *Paul.* V. 32—37. *Dig.* 49, 1. *de appellationibus* —. 2—13. *Cod. Iust.* 7, 62. *de appellationibus* —. 64—68. — Zimmern, Rechtsg. III. §§ 169 - 171. Puchta, Instit. § 181. Keller, Civilpr. § 82. Rudorff, Rechtsg. II. § 85. Wetzell, Civilpr. §§ 54 - 58.

2) *L. 1. § 1. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *Ulp.* Verba edicti: — CUMVE MAGISTRATUS DE EA RE APPELLATUS ESSET. *Lex Fl. Salp.* 27. *Mal.* 58. für die Magistrate der latinischen Municipien, unter Beschränkungen, in triduo proximo und semel, die ohne Zweifel auch in Rom galten. Mommsen, Stadtrechte S. 432.

3) Mommsen, Röm. Gesch. III. S. 475 folg. Stadtrechte S. 414 Note 62 knüpft sie an die königliche Richtergewalt an, deren Herstellung aber nach seiner eigenen Darstellung nur ein Versuch Cäsars war, den er alsbald aufgab. In der Sache glaube ich mit Rudorff cit. Note 8. 9 einig zu sein.

4) Ob durch die leges Iuliae iudiciariae? Vgl. Note 42. Auf gesetzliche Regelung lassen die sehr bestimmten Formen und Rechtsgrundsätze schließen.

5) Besondre diesem Gegenstand gewidmete Schriften sind Ulpianus, de appellationibus *libri* IV. Paulus, — lib. sing. *Inscr. L. 2. D. a quib. app.* (49, 2). *L. 7. D. de app. recip.* (49, 5). Marcianus, — libri II, Macer, — libri II.

6) Rescripte von Antoninus Pius, M. Aurel und L. Verus (divi

Die verschiedenen Instanzen, die einen Theil der Gerichtsverfassung bilden, setzen wir als bekannt voraus [7]) und beschränken uns auf das Recht der Appellation und ihre Formen. Den allgemeinen politischen Gesichtspunkt der Institution giebt Ulpian dahin an, daß durch sie die Ungerechtigkeit oder der Irrthum des frühern Richters berichtigt werden solle, wenngleich allerdings zuweilen auch das Umgekehrte sich ereigne, ein gut gefälltes Urtheil in peius reformirt werde [8]). Der Begriff der res iudicata ist dadurch wesentlich modificirt; dafür, d. h. für rechtskräftig entschieden kann eine Sache jetzt erst dann gelten, wenn eine Abänderung des Urtheils durch Appellation, sei es durch Ablauf ihrer Fristen, sei es durch Erschöpfung des geordneten Instanzenzuges, ausgeschlossen ist.

Was nun zuvörderst die Möglichkeit der Appellation im Allgemeinen betrifft, so ist sie keineswegs auf streitige Civilsachen beschränkt, sondern findet als eine Form der Administrativjustiz, z. B. gegen die Decrete der Stadtsenate statt, wodurch städtische Aemter und Lasten übertragen werden [9]), gegen die multae dictio der Magistrate [10]), ferner in Fiscal- [11]) und in Criminalsachen [12]). In nicht streitigen Civil-

fratres), auch eine oratio divi Marci, und später bis auf Diocletian, der ein ausführliches Edict *L. 6. C. l. h. t.* erließ, ohne darin wesentlich Neues vorzuschreiben. Also auch für diese Institution war nach Abschluß des Edicts vorzüglich die kaiserliche Justizcanzlei das Organ, in welchem das ius extraordinarium sich fortbildete. Die ältern Senatusconsulte und Constitutionen von Nero, Hadrian u. s. w. ordnen nur die Appellationsinstanzen.

7) S. oben § 63 S. 45 folg.

8) *L. 1. pr. D. h. t. Ulp. lib. 1. de appellationibus.* Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat: quippe cum iniquitatem iudicantium aut imperitiam re corrigat: licet nonnunquam bene latas sententias in peius reformet. neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est. *cf. L. 17. D. de minorib.* (4, 4).

9) *Dig.* 49, 10. *si tutor vel curator, magistratus creatus appellaverit. L. 1. tit. cit. L. 1. § 2. D. quando app.* (49, 4). *L. 12. L. 21. § 2. D. h. t. L. 4. L. 7. L. 11. C. l. eod.*

10) *L. 2. D. quis a quo* (49, 3). *cf. L. 244. D. de verb. sign.* (50, 16).

11) S. oben § 81 Note 35. Hierher gehört auch *L. 7. pr. D. de app. recip.* (49, 5). ne frumentum *rel.* In denselben Sachen findet innerhalb drei Jahren eine re-

sachen, gegen die obrigkeitliche Bestellung zum Vormund [13]) und gegen obervormundschaftliche Aufsichtsdecrete [14]).

In streitigen Civilsachen dient sie hauptsächlich zur Anfechtung des Endurtheils [15]), sei es daß ein Geschworner [16]) oder der Magistrat [17]) es gesprochen hat. Doch kann auch gegen Entscheidungen im Lauf des Prozesses (ante sententiam) appellirt werden, insofern dadurch eine Rechtsfrage unwiderruflich festgestellt wird. So kann, wenn der Geschworne im Beweisverfahren auf Tortur erkennt [18]), oder in der Sache selbst durch die Pronuntiatio dem Kläger das behauptete Recht zuspricht [19]), an den Magistrat, der ihn bestellt hat, appellirt werden, an dessen reformatorischen Ausspruch der Geschworne in Fortsetzung der Untersuchung und in seiner definitiven Condemnation oder Absolution natürlich gebunden ist. Ebenso gegen Interlocute des Magistrats, wodurch er Incidentfragen

tractatio zu Gunsten des Fiscus statt. *L. un. C. l. de sententiis adversus fiscum latis retractandis* (10, 9). *L. 29. pr. L. 45. § 8. D. de iure fisci* (49, 14).

12) *L. 6. L. 16. D. h. t. L. 6. § 3. C. l. eod.*

13) Als munus publicum *Dig.* 49, 10. Note 9. *L. 2. tit. cit.* Nach einer Verordnung von M. Aurel soll auch der obrigkeitlich bestellte Vormund sich zunächst excusiren und dann erst gegen die Verwerfung seiner Excusation appelliren. *L. 13. pr. D. de excus.* (27, 1). *L. 1. § 1. D. quando app.* (49, 4).

14) *L. 7. § 2. D. de minorib.* (4, 4). *cf. L. 5. § 13. D. de reb. eorum* (27, 9).

15) *L. 6. pr. C. l. h. t. Diocl. et Max.* — post decisam sententia litem.

16) *L. 23. pr. D. h. t.* obgleich der Judex ex consensu litigantium bestellt ist; anders der Schiedsrichter, citra compromissum. Der freie Vorschlag des Klägers scheint die Appellation von seiner Seite ausgeschlossen zu haben. S. oben § 101 Note 16. Das Urtheil eines Arbiter zur Erledigung einer factischen Ungewißheit (s. oben S. 109) konnte auch ohne Appellation durch den Magistrat berichtigt werden. *L. 2. D. a quibus app.* (49, 2).

17) S. z. B. *L. 38. pr. D. de minorib.* (4, 4).

18) *L. 2. D. de app. recip.* (49, 5). *Scaevola.* Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam iudex interlocutus sit, — si contra leges hoc faciat. *L. 20. D. de quaestionibus* (48, 18).

19) *L. 15. § 6. D. qui satisdare* (2, 8). *Macer.* Si fundum, quem possidebam, a me petieris, deinde cum secundum te esset iudicatum, appellaverim: an possessor eius fundi sim? et recte dicetur possessorem me esse: quia nihilominus possideo. Nec ad rem pertinet, quod evinci mihi ea possessio possit. Vgl. oben § 111 Note 3. Wetzell, Vindicationsprozeß S. 119.

entscheidet und die er nicht, wie simple Befehle, ohne Gefährdung seiner Autorität zurücknehmen kann [20]).

Ausgeschlossen ist die Appellation 1) gegen Verfügungen, die nach Vorschrift des Edicts (ex edicto), also unter Vorbehalt einer Untersuchung und Entscheidung erlassen werden [21]), oder 2) die sonst nicht präjudiciren [22]), oder 3) keinen Verzug leiden [23]), und 4) gegen solche, wodurch eine bereits entschiedene Sache nur zur Ausführung gebracht wird (ab exsecutione) [24]). Unabänderlich entschieden ist eine Sache durch das Endurtheil in erster Instanz und deshalb die Appellation gegen dasselbe ausgeschlossen für die Parthei, welche 1) vor oder nach Fällung des Urtheils auf Appellation verzichtet hat [25]); 2) auf deren Eideszuschiebung oder Eidesweigerung das Urtheil sich gründet [26]), und 3) gegen welche es in contumaciam ergangen ist [27]).

20) *L. 39. pr. D. de minorib.* (4, 4). *Scaev.* — dicta pro aetate sententia, adversarii ut impedirent cognitionem Praesidis, ad Imperatorem appellarunt. *cf. L. 14. D. de re iud.* (42, 1). *Celsus.* Quod iussit vetuitve Praetor contrario imperio tollere et repetere licet: de sententiis contra.

21) *L. 7. § 1. D. de app. recip.* (49, 5). *Paul.* Item si ex perpetuo edicto aliquid decernatur, id quominus fiat, non permittitur appellare. *cf. Cic. pro Quintio* 19. Keller cit. Note 1002. Also z. B. Ertheilung der Bonorum Possessio edictalis, der Missio in Bona, einer Actio, eines Interdicts u. s. w. Wegen Verweigerung der Actio oder einer Exceptio war ohne Zweifel jetzt, wie früher Appellation möglich. S. oben § 99 Note 42.

22) *L. 1. § 2. D. h. t. Ulp.* — non esse appellandum, si quis forte interlocutus fuit, Principem se consultaturum, cum possit post rescriptum appellare. *cf. § 1.*

23) *L. 37. pr. D. de app. recip.* (49, 5). *Paul.* IV. 6. § 3. Testamentum lex statim post mortem testatoris aperiri voluit —. nec enim oportet tam heredibus aut legatariis aut libertatibus, quam vectigali moram fieri. Dieß sind also die moratoriae appellationes bei *Paul. cit.* in der folg. Note.

24) *Paul.* V. 35. § 2. Moratorias appellationes et eas quae ab exsecutoribus et confessis fiunt, recipi non placuit. *L. 7. pr. D. h. t. L. 7. § 2. D. de app. recip.* (49, 5). Zulässig ist sie, insofern der exequirende Magistrat über den Sinn des Urtheils entscheidet. *L. 4. § 1. D. h. t.*

25) *L. 1. § 3. D. a quib. app. non licet* (49, 2). *Ulp.* si quis ante sententiam professus fuerit, se a iudice non provocaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit. *cf. L. 5. § 6. C. I. de temp. app.* (7, 63). *L. 5. C. I. de re iud.* (7, 52).

26) *Paul.* V. 32. § 1. eo tempore appellandum est, quo defertur, non quo iuratur, d. h.

Endlich versteht es sich von selbst, daß gegen ein in höchster Instanz gesprochenes Urtheil [28]), oder wegen Mangels der summa appellabilis [29]), oder gegen einen vom Kaiser bei der Bestellung für inappellabel erklärten Commissarius [30]) die Appellation nicht stattfindet.

Ueber das Verfahren im Allgemeinen ist zu bemerken, daß es, als dem neueren Recht (ius extraordinarium) angehörig, freierer Natur ist, d. h. es wird nicht so sehr wie im Formularprozeß auf die Form, sondern mehr auf das materielle Recht gesehen, obgleich es auch ihm nicht an formellen, streng zu beobachtenden Bestimmungen fehlt.

Zu jener freieren Natur gehört rücksichtlich der Partheien, 1) daß nicht bloß jede Parthei in dem Verfahren erster Instanz, sondern wenn diese es unterläßt, auch Dritte, welche nur mittelbar bei der Sache interessirt sind (quorum interest), in eigenem Namen appelliren und die Abänderung des Urtheils bewirken können, welche dann auch jener zu Gute kommt [31]). So selbst die Appellation eines Litisconsorten bei einer theilbaren Sache, wenn die Rechtfertigungsgründe der Appellation für alle zutreffen [32]). Daß Mandatoren und

gegen das Interlocut, das den Eid normirt und auferlegt, nicht gegen die Ausführung desselben und gegen das darauf gebaute Endurtheil. *cf. L. 12. §§ 1. 3. C. I. de reb. cred.* (4, 1). S. oben § 107 Note 50. 79. Der Würderungseid schließt die Appellation nicht aus. *L. 28. § 1. D. h. t.*

27) *Paul.* V. 5ª. § 7. *L. 73. § 3. D. de iudic.* (5, 1). *L. 23. § 3. D. h. t. L. 1. C. I. quor. app. non recip.* (7, 65). *Cod. Gregor.* X. 1, 1.

28) *L. 1. § 1. D. a quib. app.* (49, 2). *Ulp.* Et quidem stultum est illud admonere: a Principe appellare fas non esse *rel.* Dafür gilt aber nicht ein vom Kaiser in Folge der Consultatio erlassenes Rescript, insofern die Voraussetzungen desselben anfechtbar sind. *L. 1. §§ 1. 2. D. h. t.*

29) *L. 10. § 1. D. h. t.* Die Ausschließung der dritten Appellation ist dem alten Recht unbekannt. *cf. L. un. C. I. ne liceat in una eademque causa tertio provocare* (7, 70).

30) *L. 1. § 4. D. a quib. app.* (49, 2). Vgl. oben § 66 Note 30.

31) *L. 4. §§ 2. 3. L. 5. pr. L. 14. pr. D. h. t. L. 2. §§ 1. 2. D. quando app.* (49, 4). *L. 1. pr. D. de app. recip.* (49, 5). *L. 29. pr. D. de inoff. test.* (5, 2). *L. 8. § 8. D. mandati* (17, 1). *L. 20. C. I. de evict.* (8, 45).

32) *L. 1. L. 2. C. I. si unus ex pluribus appellaverit* (7, 68). *L. 10. §§ 3. 4. D. h. t. Paul.* V. 33. § 4. Wetzell cit. S. 547

andere Stellvertreter (alieno nomine) appelliren können, beruht auf denselben freien Grundsätzen [33]). Ferner 2) daß die Rechtfertigung der Appellation in der höheren Instanz auch einseitig (*μονομερῶς*), d. h. in Abwesenheit des Gegners ohne eigentliches Contumacialverfahren zugelassen wird [34]). Wenn beide Theile appelliren, denn auch dieß ist möglich, so gilt derjenige für den eigentlichen Appellanten (appellator), der die Appellation zuerst interponirt hat [35]). 3) Für den Gegenstand der Appellation und ihres Erfolges ist das Urtheil oder das Decret, gegen welches appellirt wird, formell entscheidend [36]); dieses aber wird stets in seinem gesammten Inhalt und in seiner Gerechtigkeit an sich von dem höheren Richter geprüft und also reformirt oder bestätigt [37]).

Unter den neuen strengen Formen aber sind besonders 1) die gesetzlichen Fristen (tempora) für fast alle einzelnen Acte des Verfahrens zu nennen [38]), durch deren Versäumniß eine Präscriptio gegen die Appellation begründet und das Urtheil unabänderlich, also auch rückwärts vom Augenblick seines Erlasses an wirksam wird [39]), und 2) das Succumbenzgeld

macht es von der Regreßpflicht abhängig.

33) Der Procurator oder Defensor, der in erster Instanz ein ungünstiges Urtheil erhalten, kann nicht nur appelliren, sondern ist dazu verpflichtet. *L. 31. § 2. D. de neg. gestis* (3, 5). Daß der Dominus es kann, versteht sich von selbst *L. 3. § 1. D. ratam rem hab.* (46, 8); für diesen aber auch ein Mandatar oder Negotiorum Gestor, dessen Interposition er nicht sofort ratihibiren muß. *L. 1. pr. D. de app. recip.* (49, 5). Außerdem vermöge des s. g. Mandatum präsumtum die nächsten Angehörigen. *L. 1. § 1. eod. L. 23. § 2. D. h. t.* S. oben § 100 Note 75. In Criminalsachen jeder Dritte, selbst Sklaven. *L. 6. L. 15. L. 28. pr. eod.*

34) S. unten Note 78.

35) *L. 29. D. de iudic.* (5, 1). *Paul.* Qui appellat prior, agit.

36) Gegen mehrere Condemnationen eines oder mehrerer Beklagten müssen ebenso viele Appellationen eingewendet werden. *L. 10. pr. L. 17. pr. D. h. t.*

37) *L. 13. pr. D. h. t.* Note 49. *L. 3. § 3. eod.* Note 50. *L. 10. §§ 1—4. eod.* Note 32 und überhaupt Note 75.

38) *Paul.* V. 33. § 1. ne liberum quis et solutum haberet arbitrium retractandae et revocandae sententiae, — et tempora appellatoribus praestituta sunt. *Dig.* 49, 4. *quando appellandum sit et intra quae tempora.*

39) *L. 6. § 1. D. de his qui not.* (3, 2). *Ulp.* Sed si furti

(poena), welches ein Drittheil des Prozeßgegenstandes beträgt und vom unterliegenden Appellanten an den Gegner gezahlt werden muß [40]). Ein ausgedehnterer Gebrauch der Schrift wird durch die Natur des Rechtsmittels nothwendig gemacht.

Im Einzelnen ist das Verfahren folgendes: 1) Die Einwendung der Appellation (appellare, appellationem interponere) geschieht entweder sofort nach Aussprechung des Urtheils vor dem erkennenden Richter mündlich, und dann genügt das eine Wort: appello [41]), oder durch Uebergabe einer Schrift (libelli appellatorii) an denselben binnen zwei Tagen, wenn im eigenen Interesse, binnen drei Tagen, wenn im Interesse eines Andern appellirt wird [42]). Diese Frist läuft vom Tage, wo das Urtheil oder Decret erlassen wurde [43]); wenn in Contumaciam gegen einen Abwesenden, von dem Tage seiner Kenntniß [44]); wird aber insofern utiliter berechnet, daß auf die Möglichkeit, den Unterrichter anzugehen und ihm die Libelli zu überreichen, Rücksicht genommen wird [45]). Eventuell ist auch die Uebergabe an den höheren Richter, wenn er sich an demselben Ort befindet, gestattet [46]), und in einem einzelnen Fall hat der

vel aliis famosis actionibus quis condemnatus provocavit, pendente iudicio nondum inter famosos habetur. Si autem omnia tempora provocationis lapsa sunt, retro infamis est: quamvis si iniusta appellatio eius visa sit, hodie notari puto, non retro notatur.

40) *Tacit. Ann.* XIV. 28. *Paul.* V. 33. *de cautionibus et poena appellationis.* Der Betrag muß fünf Tage nach Empfang der litterae dimissoriae entweder deponirt oder mit Bürgen promittirt werden. Er fällt dem Gegner zu, wenn die Appellation für iniusta erklärt wird, nicht wenn sie durch Versäumniß der tempora verloren geht. — *Paul.* V. 34. § 2. *L. 6. § 4. C. I. h. t.* scheint eine arbiträre Strafe zu substituiren. *§ 6.* schafft die Caution ab.

41) *L. 2. L. 5. § 4. D. h. t.* apud acta, inter acta, also beim Magistrat zu Protokoll.

42) *L. 1. §§ 11—15. L. 2. D. quando app.* (49, 4). *L. 20. pr. § 1. D. h. t. L. 3. D. de app. recip.* (49, 5) *L. 6. § 5. C. I. h. t.* Diese libelli appellatorii sind dem libellus inscriptionis der Leges Iuliae in Criminal- und Centumviralsachen ähnlich. Vgl. auch *Fr. Vat.* §§ 166. *sqq.*

43) *L. 1. §§ 5. 6. D. quando appell.* (49, 4).

44) *L. 1. § 15. D. eod.*

45) *L. 1. § 7. D. quando app.* (49, 4). *Ulp.* Dies — ad aliquid utiles esse oratio divi Marci voluit —; ait enim: Is dies servabitur, quo primum adeundi facultas fuerit. *§§ 8—10.*

46) *L. 1. § 10. D. quando app.* (49, 4).

K. Septimius Severus eine Appellation zugelassen, die aus Furcht vor dem Unterrichter nur durch öffentliche Protestation interponirt worden war [47]). Gegen Versäumniß der Appellation wird aus den gewöhnlichen Gründen in integrum restitutio ertheilt [47*]). Die Libelli müssen enthalten: den Namen dessen, der appellirt, den Namen des Gegners (doch ist dieß nicht wesentlich), und das Urtheil oder Decret, gegen welches appellirt wird [48]). Nicht braucht der Theil des Urtheils bezeichnet zu werden [49]); und der angeführte Grund der Beschwerde (causa appellationis) bindet den Appellanten nicht gleich einer Formula, er kann die Appellation auch aus andern Gründen rechtfertigen [50]). Natürlich muß er sich auf einen competenten Richter berufen [51]). Doch ist nur die Appellation an einen niedrigeren (ad minorem iudicem) ungültig; jeder andere Irrthum wird durch Ueberweisung an die competente Instanz berichtigt [52]). Von der mündlichen Interposition erhält der regelmäßig anwesende Gegner ohnedieß Kenntniß; die libelli appellatorii werden in der Mehrzahl eingereicht, um ihm mitgetheilt zu werden [53]).

Die Wirkung der interponirten Appellation, der Unterrichter mag sie für zuläßig oder nicht zuläßig erklären, ist, daß seine Gewalt in dieser Sache, also die Fortsetzung der Untersuchung bei der Appellation gegen ein Interlocut [54]) oder bei dem Endurtheil die Execution suspendirt ist, überhaupt nichts in

47) *L. 7. D. h. t.*

47*) *L. 8. D. de in integr. rest.* (4, 1). *L. 7. § 4. D. de minor.* (4, 4). *L. 1. C. I. si saepius in int. rest.* (5, 44).

48) *L. 1. § 4. D. h. t. Ulp.* Libelli qui dantur appellatorii ita sunt concipiendi, ut habeant scriptum, a quo sunt dati, hoc est, qui appellet, et adversus quem, et a qua sententia. *cf. L. 3. pr. §§ 1. 2. L. 17. pr. eod.*

49) *L. 13. pr. D. eod.*

50) *L. 3. § 3. D. eod.* Auch genügt es, wenn nur Ein Grund bewiesen wird. *L. 3. § 1. eod.*

51) *L. 122. § 5. D. de verb. obl.* (45, 1).

52) *L. 1. § 3. L. 21. pr. D. h. t.* Daß die Appellation ad parem iudicem gültig sein soll, ist eine Nachwirkung des alten Grundsatzes der par maiorve potestas.

53) Vgl. *Fr. Vat.* § 167.

54) *L. 39. pr. D. de minorib.* (4, 4).

der Sachlage geändert werden darf [55]). Ist er ein Geschworner, so kann er in einer andern Sache deshalb nicht recusirt werden [56]).

Verhindern soll und kann der Unterrichter die Appellation in keiner Weise [57]); denn wenn er sie für gesetzlich unzulässig oder verfallen erklärt, so kann der Appellant gegen eben dieß Decret an den höheren Richter appelliren, oder wenn es der Kaiser ist, suppliciren [58]). Der Unterrichter soll dann in einem Bericht (relatio) die Gründe der Unzulässigkeit anzeigen und dem Appellanten eine Abschrift desselben mittheilen [59]), damit in der höheren Instanz darüber und zugleich in der Sache selbst erkannt werde.

Läßt der Unterrichter die Appellation zu, so richtet er an den höheren Richter litterae dimissoriae oder apostoli, worin er ihm die Interposition mit Angabe des Appellanten und des Urtheils anzeigt und ihm die Sache überweist [60]). Der Appellant muß den Erlaß derselben und die Aushändigung an ihn zum Behuf der Ueberbringung an den Oberrichter bei Strafe des Verlustes der Appellation binnen fünf Tagen erbitten [61]). Nach späterer Vorschrift soll der Unterrichter sie

55) *L. un. D. nihil innovari appellatione interposita* (49, 7). *L. 6. D. de app. recip.* (49, 5). *L. 3. C. l. h. t. Fr. de iure fisci* § 14. Was dennoch verfügt wird, ist nichtig. *L. 3. C. l. quando provocare* (7, 64). In Criminalsachen *L. 6. L. 16. D. h. t.* Interimistische Maßregeln sind nicht ausgeschlossen. *Paul.* V. 36. *L. 21. § 3. D. h. t. L. 27. § 3. D. de inoff. test.* (5, 2).

56) *L. un. D. apud eum a quo appellatur aliam causam agere compellendum* (49, 12). *Ulp.* — nec utetur hoc praetextu, quasi ad offensum iudicem non debeat experiri *rel.*

57) *L. 25. D. h. t. L. 1. C. l. de his qui per metum* (7, 68).

58) *L. 5. D. de app. recip.* (49, 5).

59) *L. 6. D. eod.*

60) *Paul.* V. 34. *de dimissoriis litteris. Dig.* 49, 6. *de libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur. L. un. § 1.* Sensus autem litterarum talis est: Appellasse puta Lucium Titium a sententia illius, quae inter illos dicta est. *L. 106. D. de verb. sign.* (50, 16). *Modestin.* — dimissoriae autem dictae, quod causa ad eum, qui appellatus est, dimittitur.

61) *Paul.* V. 34. §§ 1. 2. Qui intra tempora praestituta dimissorias non postulaverit vel acceperit, — praescriptione ab agendo submovetur.

auch ungebeten ertheilen[62]), und wenn durch seine Schuld die Frist ungenutzt verstreicht, so kann der Appellant durch eine Protestation sich dagegen schützen[63]).

Es ist sodann Sache des Appellanten, diese litterae dimissoriae dem Oberrichter zu überbringen und damit die Appellation bei ihm einzuführen, und zwar nach Ablauf einer mit Rücksicht auf die Entfernung bestimmten Frist, durch deren Versäumniß gleichfalls die Appellation verloren geht[64]). Wegen unverschuldeter Versäumniß kann Reparation gesucht werden[65]). Der Appellant muß also persönlich oder durch einen Bevollmächtigen, außer in Freiheits- und Capitalsachen, wo ein solcher ausgeschlossen ist[66]), vor dem höheren Richter erscheinen[67]), auch seine Beweise zur Stelle schaffen[68]); denn die weitere Verhandlung der Sache findet nun in der höheren Instanz statt[69]). Von Einbringung der Acten erster Instanz ist keine

62) *L. 6. § 6. C. I. h. t.*

63) *L. un. § 2. D. de lib. dimiss.* (49, 6).

64) *Paul.* V. 34. § 2. in Note 61. vel reddiderit. Die Frist für die Abgabe der litterae dimissoriae an den Oberrichter haben die Westgothen mit Rücksicht auf *L. 63. C. Th. de app.* (11, 30) gestrichen. Vgl. *L. 5. C. I. h. t. Diocl. et Max.* — tempus, quod ad reddendos apostolos praescriptum est. Rudorff cit. Note 35 hält die Stelle des Paulus für vollständig und die fünf Tage für die Frist der Erbittung und Ueberbringung der Apostoli am Ort, also auch der Rechtfertigung der Appellation (?!). Für die Bemessung nach der Entfernung vgl. *L. 13. § 2. D. de excus.* (27, 1). *Fr. Vat.* §§ 162. *sq. Nov. C. Th.* 61. § 12. *L. 5. C. I. de temp. app.* (7, 63).

65) *L. 5. C. I. de app.* (7, 62). *Diocl. et Max.* — iuxta perpetui iuris formam. *cf. Cod. Theod.* 11. 31. de reparationibus appellationum. *Cod. Iust.* 7, 63.

66) *Paul.* V. 35. § 1. *L. 2. C. I. de procur.* (2, 13).

67) *Dig.* 49, 11. *eum qui appellaverit in provincia defendi.* 9. *an per alium causae appellationum reddi possunt.* Der Dominus kann die Appellation in der höheren Instanz verfolgen, auch wenn ein Stellvertreter sie interponirt hat und umgekehrt. *L. 9. L. 10. C. I. h. t.* Es findet also hier nichts dem s. g. dominium litis Analoges statt.

68) *L. 6. § 2. C. I h. t. Diocl. et Max.* befiehlt, dem Appellanten zur Hinschaffung der Zeugen die Reisekosten vorzuschießen.

69) Nur in Capitalsachen soll, wenn der Angeschuldigte keine genügende Bürgschaft geben kann und deshalb im Provinzialgefängniß zurückgehalten werden muß, die Instruction der Appellation durch den Unterrichter erfolgen, nach *L. 6. § 3. C. I. h. t.* Früher scheute man den Transport der Gefangenen nach Rom nicht. *Acta Apost.* 25, 12.

Rede; natürlich, denn über die Verhandlung vor dem Geschwornen, der gewöhnliche Fall, gab es solche nicht, und überall war der Appellationsrichter daran nicht gebunden.

Am Tage der Einführung[70]) beginnt dann vor dem Appellationsrichter die mündliche Verhandlung (cognitio)[71]) durch Ausführung und Beweis der Gründe der Appellation von Seiten des Appellanten (causas appellationis reddere)[72]), wobei dieser auf die bei der Interposition angegebenen Gründe[73]) oder auf die in der früheren Verhandlung vorgekommenen Thatsachen und Beweise nicht beschränkt ist[74]). Denn es handelt sich nicht darum, ob der Unterrichter nach dem, was ihm vorlag, richtig geurtheilt, sondern um das materielle Recht in der Sache[75]), deren Verhandlung mit allen von den Partheien beigebrachten Mitteln von Neuem beginnt. Führt der Appellant Beschwerde gegen den Unterrichter, so soll dieß nicht in beleidigender Weise geschehen, widrigen Falls der Appellationsrichter ihn strafen kann[76]). Der Gegner, dem die Interposition und der von da an zu berechnende Einführungs- und Rechtfertigungstermin der Appellation bekannt ist, kann, wenn er will, zu derselben vor dem Oberrichter sich auch einfinden und seine Gegendeduction und Gegenbeweise vorbringen[77]). Erscheint

70) *L. 8. C. I. h. t.* in Note 72. Ohne Zweifel der erste Sessionstag nach Ablauf der Introductionsfrist *cf. Fr. Vat.* § 163. si sessionem invenerit pro tribunali, der dies fatalis des Theodosischen Codex. Die Fortsetzung oder Sistirung der Verhandlung liegt in der Hand des Appellationsrichters. *L. 6. C. I.* quomodo et quando (7, 43).

71) Vgl. z. B. *L. 3. D. de his quae in test.* (28, 4). *L. 97. D. de leg.* 3. (32).

72) *Paul.* V, 35. *de reddendis causis appellationum. L. 4. § 1. D. h. t.* auch causas appellationis agere. *L. 5. § 2. L. 7. eod. L. 8. C. I. h. t. Diocl. et Max.* — provocationis secutae tempore praefinito causas non esse repraesentatas.

73) *L. 3. § 3. D. h. t.*

74) *L. 6. §§ 1. 2. C. I. h. t. Diocl. et Max. L. 2. C. I. sent. rescindi non posse* (7, 50). *Iidem.* Es mußte dieß von jeher gelten, weil die frühere Verhandlung gar nicht authentisch zur Kenntniß des Appellationsrichters kam.

75) *L. 6. § 1. C. I. h. t. cit.* — cum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis quam iustitiam locum habere debere.

76) *L. 8. D. h. t. Paul.* V. 35. § 2. *cf. L. 42. D. de iniur.* (47, 10).

77) *L. 41. D. fam. erc.* (10, 2).

er aber nicht, so wird die Verhandlung dadurch nicht aufgehalten, sondern einseitig, ohne daß es eines Contumacialverfahrens bedarf, bis zum Urtheil fortgesetzt [78]).

Der Appellationsrichter erkennt dann über die Formalien und Materialien der Appellation [79]), indem er sie aus den ihm beigebrachten Thatsachen und Beweisen für gerechtfertigt oder nicht gerechtfertigt erklärt (iustam vel iniustam pronuntiare) [80]). Auch das confirmatorische Urtheil wird, weil es auf ein neues Verfahren gegründet ist, als ein neues betrachtet, also nicht zurückbezogen auf den Zeitpunkt des Urtheils erster Instanz [81]), der Verzug aber durch Verurtheilung zu Zinsen [82]), zu Ersatz der Früchte [83]) und des dadurch entstandenen Schadens [84]) gut gemacht. Außerdem wird der Appellant zu dem gesetzlichen Succumbenzgeld [85]) und zur vierfachen Erstattung der Prozeßkosten an den Gegner condemnirt [86]). Im Fall des reformatorischen Urtheils wird das frühere in allen seinen Folgen aufgehoben, insbesondere die überdieß widerrecht-

Paul. — Ex diverso respondebatur. *L. 3. D. de his quae in test.* (28, 4). *L. 97. D. de leg.* 3. (32). u. s. w.

78) *L. 81. D. ad SC. Treb.* (36, 1). *Paul.* — appellatione facta cum solus Phoebus egisset μονομερῶς, id est altera parte absente *rel. cf. L. 5. § 4. C. I. de temp. app.* (7, 63). *Iustinian.* — quia hoc speciale privilegium eius est, qui appellationi examinandae praesidet, posse et ex una parte causam dirimere.

79) *L. 57. § 1. D. de adm. tut.* (26, 7). *Scaevola.* — cum ex permissu Principis appellatio eius recepta sit, quam is qui pronuntiaverat non receperat.

80) *L. 122. § 5. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 2. pr. D. quando app.* (49, 4). *L. 6. pr. C. I. h. t. Brisson. de form.* V. 181.

81) *L. 6. § 1. D. de his qui not. inf.* (3, 2). cit. Note 39.

82) *L. 41. pr. D. de usuris* (22, 1). *L. 64. D. de re iud.* (42, 1). *L. 24. pr. D. h. t.*

83) *Paul.* V. 36. Wenn der Besitzer appellirt, sollen die Früchte pendente appellatione deponirt werden; appellirt der Nichtbesitzer, so findet weder Deposition derselben noch Satisdation statt. Die satisdatio iudicatum solvi ist also mit dem Urtheil erster Instanz erloschen? *cf. L. 21. § 3. D. h. t.* Dagegen hat ein Rescript von M. Aurel die Cautionspflicht und translatio possessionis (§ 106 Note 57) auf die Appellation wegen eines streitigen Fideicommisses angewandt. *L. 5. § 1. D. ut legat. serv.* (36, 3).

84) *L. 20. L. 57. § 1. D. de adm. tut.* (26, 7).

85) S. oben Note 40.

86) *Paul.* V. 37.

liche Vollstreckung desselben [87]). In beiden Fällen wird die Sache nicht an den Unterrichter remittirt, außer bei der Appellation gegen Interlocute [88]). Wird dagegen das Urtheil erster Instanz durch Versäumniß der Appellationsfristen rechtskräftig, so exequirt es der Unterrichter [89]).

---

2. Rescission des Urtheils.

§ 117. Die in integrum restitutio, d. i. die Herstellung eines nach strengem Recht veränderten Rechtszustandes durch den Prätor im Interesse der Billigkeit [1]) fand auch im Prozeß Anwendung [2]), und zwar auf den zwei Punkten, wo das dem Rechtsstreit zum Grund liegende Rechtsverhältniß aufgehoben und ein neues an seine Stelle gesetzt wird, der Litis Contestatio und der Res judicata [3]). Ist nehmlich mit diesen wichtigen, dem strengen, formellen Recht angehörigen Veränderungen der Rechtsverhältnisse die Läsion eines Theils verbunden und kommt diesem ein Billigkeitsgrund (iusta causa) zu statten, so kann er durch einen Machtspruch des Prätors oder eines andern mit Imperium bekleideten Magistrats die Herstellung des früheren Rechtszustandes erlangen.

I) Die Litis Contestatio, d. h. die vollendete Instruction durch Ertheilung und Annahme der Formula, be-

87) *L. 11. D. h. t.*

88) *L. 6. pr. C. I. h. t.* Für die exsecutio extraordinaria in höherer Instanz s. *Paul.* V. 35. § 1. nemo enim absens — duci in servitutem potest. Die actio iudicati konnte vor jedem competenten Richter angestellt werden. S. oben § 112 Note 8.

89) *L. 8. C. I. h. t.*

1) Vgl. unten § 121.

2) *L. 7. § 4. D. de minorib.* (4, 4). *Ulp.* Sed et in iudiciis subvenitur, sive dum agit, sive dum convenitur captus sit. *cf. L. 2. C. I. si tutor* (2, 25). — Zimmern, Rechtsg. III § 168. Mein Handbuch § 35. Puchta, Instit. § 180 S. 250. Keller, Civilpr. § 82 2). Rudorff, Rechtsg. II. 87. Wetzell, Civilpr. § 53.

3) Das römische Recht kennt nur diese zwei Hauptfälle; einige untergeordnete schließen sich ihnen an. S. Note 11 und 14.

gründet eine Läsion, z. B. wenn der Kläger in der Condemnatio zu viel oder zu wenig gefordert [4]), wenn er die Klage irrthümlich als actio de peculio statt als actio quod iussu angestellt [5]), wenn der Beklagte den Klaggrund abgeleugnet [6]) oder zugestanden hat, und die Formula darauf begründet worden ist [7]), wenn er die Einrückung einer Exceptio zu beantragen versäumt hat [8]) u. s. w. Ueberall wird als iusta causa Irrthum vorausgesetzt, der dem Beklagten leichter als dem Kläger verziehen wird, doch unter Umständen auch diesem, z. B. wegen Minderjährigkeit [9]), Betrug [10]) u. s. w. Die in integrum restitutio kann natürlich nur bei dem Magistrat gesucht werden, der die erste Formula ertheilt hat, weil die Sache bei ihm anhängig ist, vorausgesetzt daß er überhaupt dazu befugt ist. Gewährt er sie, so hebt er das Judicium auf und substituirt ihm ein neues (iudicium restitutorium) [11]). — Der Litis Contestatio steht auch in dieser Beziehung der zugeschobene Eid gleich [12]).

II) Die Res judicata, d. h. das rechtskräftige Urtheil bildet fortan die unabänderliche Norm für das streitige Rechtsverhältniß und begründet, wenn sie dem wirklichen Recht nicht entspricht, eine Läsion des einen oder andern Theils. Dem Lädirten durch in integrum restitutio zu helfen, war man schon unter der Republik, als es noch keine Appellation gab, bedacht [13]). Als diese eingeführt worden war, behielt dieses

4) *Gai.* IV. § 57. Wegen plus petitio in intentione wurde nicht leicht restituirt *cf. L. 33. l. de act.* (4, 6); jedoch wohl der Minderjährige.

5) *L. 4. § 5. D. quod cum eo* (14, 5).

6) *L. 9. § 2. D. de minorib.* (4, 4).

7) *L. 6. § 5. D. de confessis* (42, 2).

8) *Gai.* IV. § 125.

9) *Gai.* IV. § 57. *cit.* Note 4. *L. 4. § 5. cit.* Note 5.

10) *Arg. L. 18. § 4. D. de dolo malo* (4, 3).

11) *L. 46. § 3. D. de procur.* (3, 3). *Paul.* Item quaeritur, si iudicium acceperat defensor et actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit restitutorium iudicium accipere? et magis placet cogendum.

12) *L. 9. § 4. D. de iureiur.* (12, 2). *L. 4. C. l. de rebus creditis* (4, 1). Vgl. oben § 107 S. 24. 51.

13) So restituirte der Prätor Metellus gegen die ungerechten Urtheile des Verres. *Cic. Verr.* II.

außerordentliche Hülfsmittel (extraordinarium auxilium)[14]) seinen Werth; denn es tritt ja grade dann ein, wenn jenes ordentliche Rechtsmittel nicht mehr möglich ist[15]). Gemeinsam ist beiden der Zweck, die Abänderung eines dem wirklichen Recht nicht entsprechenden Urtheils zu bewirken[16]); verschieden aber sind sie darin, daß durch die Appellation die Abänderung eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils erreicht, durch die in integrum restitutio dagegen ein rechtskräftiges Urtheil (res iudicata) rescindirt und also ein neues Urtheil möglich wird[17]). Auch sonst sind daher ihre Bedingungen durchaus verschieden[18]).

A) Bedingung der Restitution ist überhaupt:

1) Eine Läsion, welche hier ein gültiges[19]) und rechtskräftiges Urtheil[20]) voraussetzt, so daß also die Restitution

25. 26. Dieser selbst hatte in seinem Edict sich vorbehalten, alle Urtheile der nach der Lex Rutiliana bestellten Judices zu rescindiren. *ibid. c.* 13. Gegen ein angeblich erzwungenes Urtheil der Geschwornen war Q. Cicero bereit, ein neues Judicium, jedoch mit denselben Geschwornen, anzuordnen. *Cic. pro Flacco c.* 21.

14) So wird die in integrum restitutio überhaupt im Gegensatz der actiones, exceptiones u. s. w. bezeichnet in *L. 16. pr. D. de min.* (4, 4). Die Appellation wird ein auxilium commune genannt in *L. 3. § 1. D. ratam rem haberi* (46, 8).

15) Z. B. wegen Ablauf der Interpositionsfrist, ist aber nicht zu verwechseln mit der Restitution gegen diese, wodurch nur die Möglichkeit der Appellation wieder hergestellt wird. *L. 7. § 11. D. de min.* (4, 4). *L. 8. D. de in integr. rest.* (4, 1). *L. 1. C. I. si saepius* (2, 44).

16) *L. 42. D. de min.* (4, 4). *Ulp.* — Quod enim appellatio interposita maioribus praestat, hoc beneficio aetatis consequentur minores.

17) *Cod. Iust.* 2, 27. *si adversus rem iudicatam restitutio postuletur.* Rescindere ist technisch für die Vernichtung des zu Recht Bestehenden, insbesondre durch in integrum restitutio, s. z. B. *Gai.* IV. § 38. und in diesem Fall *L. 47. § 3. D. de peculio* (15, 1), der eine Ausnahme bildet von der allgemeinen Regel, sententiam rescindi non posse. *Rubr. Cod. Iust.* 7, 50.

18) *L. 17. D. de min.* (4, 4). *Hermog.* — appellatio quidem iniquitatis sententiae querelam, in integrum vero restitutio erroris proprii veniae petitionem, vel adversarii circumventionis allegationem continet. Durch Appellation wird die objective Ungerechtigkeit des Urtheils, durch die Restitution ein subjectiver Grund der Billigkeit geltend gemacht.

19) *L. 4. C. I. in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est.* (2, 41). *L. 4. C. I. h. cf. L. 16. pr. D. de min.* (4, 4).

20) *Rubr. Cod. Iust.* in Note 17. si adversus rem iudicatam. *L. 8. D. de in integr. rest.* (4, 1). *Macer.* — contra rem iudicatam.

ausgeschlossen ist, wenn die Nullität des Urtheils feststeht, oder wenn noch appellirt werden kann [21]). Dagegen gehört in dem Fall, daß ein Minderjähriger durch Schuld seines Vormunds ein ungünstiges Urtheil erhalten hat, zur Läsion nicht, daß er diesen ausgeklagt und seine Befriedigung nicht erhalten habe; es steht in seiner Wahl, ob er zuerst diesen Weg einschlagen oder sofort Restitution erbitten will [22]). Daß das rechtskräftige Urtheil überall dem wirklichen Recht nicht entspreche, wird vorausgesetzt, ist aber nicht Bedingung des Restitutionsantrags; denn erst die beantragte Untersuchung kann dieß klar machen.

2) Eine iusta causa, und zwar eine derjenigen, die der Prätor in seinem Edict theils ausdrücklich genannt, theils im einzelnen Fall anzuerkennen sich vorbehalten hat. Zu den ersten gehört:

a) Metus; wenn der Geschworne durch Drohungen zur Fällung eines ungerechten Urtheils bewogen worden ist, sei es von dem Gegner oder von einem Dritten, z. B. dem Magistrat, ein Fall der in den letzten Zeiten der Republik nicht selten vorgekommen sein mag [23]); oder wenn einer Parthei das Erscheinen im Judicium durch Gewalt unmöglich gemacht wurde, und dieselbe darüber den Prozeß verloren hat [24]).

b) Dolus, worunter nicht nur eigentlicher Betrug, Täuschung des Gegners, oder wissentlich falsche Anführungen zur Erlangung eines günstigen Urtheils [25]), sondern auch die Pro-

21) S. mein Handbuch S. 377. Wetzell cit. Note 22.

22) *L. 45. § 1. D. de min.* (4, 4). *L. 3. L. 5. C. l. si tutor vel curator* (2, 25). Anders bei dem von einem Großjährigen selbst erwählten Vertreter. *L. 10. C. l. de procur.* (2, 13).

23) *Cic. pro Flacco* 21. in Note 13.

24) *L. 2. § 1. D. si quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat.* (2, 7). *Paul.* Si quis ad pedaneum iudicem vocatum vi eximat, poena eius edicti cessabit. Um so mehr mußte der Prätor noch durch in integrum restitutio Hülfe schaffen. Vgl. *L. 7. pr. D. de in integr. rest.* (4, 1).

25) *L. 7. § 1. D. de in integr. rest.* (4, 1). *Marcell.* — deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit. *cf. L. 20. § 1. L. 25. D. de dolo malo* (4, 3). *L. 75. D. de iud.* (5, 1).

duction falscher Urkunden und Zeugen [26]) und die Bestechung des Richters gehört [27]).

c) **Minderjährigkeit** als Ursache des Verlustes eines Prozesses, sei dieser nun durch eigene Unerfahrenheit oder durch Uebervortheilung des Gegners herbeigeführt [28]), ist ein so allgemeiner Grund der Restitution, daß diese für die Minderjährigen schlechthin als Surrogat der Appellation betrachtet wird [29]). Auch der Erbe des Minderjährigen hat sie [30]), nicht aber sein Defensor [31]). Stadtgemeinden haben dasselbe Recht [32]).

d) **Abwesenheit**, hauptsächlich in öffentlichen Geschäften (rei publicae causa) [33]), dann aber auch aus andern entschuldbaren Gründen [34]) als Ursache des Prozeßverlustes.

e) **Irrthum** ist zwar nicht schlechthin ein Restitutionsgrund, wohl aber unter Umständen, die der Prätor theils in seinem Edict aufgeführt hat [35]), theils in einzelnen Fällen in Erwägung zieht [36]). Der gewöhnlichste Fall freilich, nehmlich daß einer Parthei die Beweise für ihr Recht zur Zeit des früheren Prozesses unbekannt waren, die sie jetzt aufgefunden hat, wird als Restitutionsgrund von der Jurisprudenz und durch kaiserliche Constitutionen ausdrücklich verworfen [37]), weil durch

26) *Paul.* V. 5_a. § 10. *L. 33. D. de rei iud.* (42, 1). *Cod. Iust.* 7, 58. *si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum sit.*

27) *L. 7. C. I. quando provocare* (7, 64).

28) *L. 17. cit.* Note 18. *L. 18. § 1. D. de min.* (4, 4). qui propter infirmitatem aetatis captum se dicat, — vel ab advocatis se proditum queratur.

29) *L. 42. cit.* Note 16.

30) *L. 18. § 5. D. de min.* (4, 4).

31) *L. 46. D. eod.*

32) *L. 9. D. de app.* (49, 1). *cf. L. 4. C. I. quib. ex causis mai.* (2, 54).

33) *L. 1. C. I. quib. ex caus. mai.* (2, 54). Dagegen läßt *L. 8. D. de in integr. rest.* (4, 1) nur Restitution gegen den Verlust der Appellation zu.

34) *L. 7. § 12. D. de min.* (4, 5). *Ulp.* — constat autem omnis aetatis hominibus restaurationem eremodicii praestari, si se doceant ex iusta causa abfuisse.

35) *L. 1. § 6. LL. 2—6. D. quod falso tutore* (27, 6). Vgl. Wetzell cit. S. 532.

36) Wetzell cit. S. 526 folg. führt solche an und sucht sie auf allgemeine Principien zurückzuführen.

37) *L. 4. C. I. de re iud.* (7, 52). *L. 35. D. eod.* (42, 1). Die

Zulassung desselben in der That das Princip, daß das für den Richter zur Zeit erkennbare Recht durch sein Urtheil für immer festgestellt werden soll, aufgehoben und der Anfechtung desselben Thür und Thor geöffnet wäre.

Unter den genannten Voraussetzungen wird die Restitution in Sachen aller Art ertheilt, nur nicht gegen ein zu Gunsten der Freiheit gesprochenes Urtheil [38]).

Ausgeschlossen wird die Restitution unter den allgemeinen Bedingungen, namentlich durch Ablauf der Verjährungszeit von einem annus utilis [39]).

Die Macht zu restituiren haben überhaupt nur magistratus maiores, weil sie ein Recht des Imperiums ist, also nicht Municipalmagistrate [40]). Die Competenz aber bestimmt sich relativ, d. h. im Verhältniß zu dem Urtheil, gegen welches restituirt werden soll, und die dabei zur Anwendung kommenden Grundsätze sind nicht unbestritten [41]). Gegen das Urtheil eines Geschwornen mußte die Restitution ohne Zweifel bei dem Magistrat gesucht werden, der ihn bestellt hatte [42]). Gegen das Urtheil eines Magistrats konnte sie bei ihm selbst oder bei einem andern Magistrat, nur nicht bei einem geringern, erbeten werden [43]), nach Analogie der Intercession; also nur bei einem gleichen oder höheren Magistrat, z. B. von dem Urtheil eines Prä-

Ausnahme in negotio publico geht auf das Privileg der Stadtgemeinden Note 32. Eine andre Ausnahme enthält *L. 31. D. de iureiur.* (12, 2). S. § 107 Note 81.

38) *L. 9. D. de appell.* (49, 1). *L. 24. D. de dolo malo* (4, 3). *L. 4. C. I. si adversus libertatem* (2, 33). Wohl in andern status quaestiones *L. 2. C. I. h. t.* Von den außerordentlichen Rechtsmitteln wegen Freiheit und Ingenuität s. oben § 97 Note 49. 53. 77.

39) S. § 121.

40) S. oben § 70 Note 25.

41) Vgl. Wetzell cit. S. 536.

42) Nach Analogie der Appellation s. oben § 62 Note 22. 23.

43) *L. 18. pr. D. de min.* (4, 4). *Ulp.* minor autem magistratus contra sententiam maiorum non restituet. Zwar bestreitet Wetzell cit. die Beweiskraft dieser Stelle; aber wie könnte Ulpian diese Beschränkung aufstellen, wenn überhaupt die Appellation an einen andern Magistrat unmöglich wäre? Dieß vorausgesetzt scheint mir auch *L. 16. § 5. eod. Ulp.* — tam in aliis causis, quam contra sententiam suam, von dieser doppelten Möglichkeit zu sprechen. Einen Fall der zweiten Art enthält *L. 11. § 2. eod.*

tors bei seinem Collegen oder bei dem Präfectus Urbi. Gegen Richter, die im Namen des Kaisers sprechen (vice sacra) [44]) oder seine Specialcommissarien [45]) oder endlich den Procurator Cäsaris [46]) ist die Restitution beim Kaiser zu suchen; und daß nur der Kaiser ausnahmsweise gegen die eigenen Urtheile restituirt, versteht sich von selbst [47]). Nachdem der Präfectus Prätorio inappellabel geworden war, sollte er auch in dieser Beziehung dem Souverän gleich sein [48]).

Das Verfahren bildet einen selbständigen Prozeß und beginnt 1) mit der Postulatio dessen, der die Restitution wünscht [49]), wodurch die Execution des Urtheils, wenn sie noch nicht statt gefunden hat, suspendirt wird [50]). Der Magistrat, bei dem sie angebracht ist, stellt dann 2) eine Cognitio an, d. h. untersucht die Gründe der Restitution in zweiseitiger Verhandlung [51]). Diese Cognitio und 3) das darauf gegründete Urtheil (decretum, sententia) kann aber hier, wie bei jeder Restitution [52]), von verschiedenem Umfang sein. Entweder, und dieß ist nur möglich, wenn das frühere Urtheil von einem Geschwornen gesprochen war, die Untersuchung des Prätors und sein Urtheil beschränkt sich auf die iusta causa restitutionis, er rescindirt dann das frühere Judicium und ordnet ein neues an (iudicium restitutorium), in welchem der Geschworne die Sache selbst, und damit die Gerechtigkeit

44) *L. 18. §§ 2. 3. D. de min.* (4, 4). *L. 3. C. l. h. t.*

45) *L. 18. § 4. D. de min.* (4, 4).

46) *L. 1. C. l. ubi et apud quem* (2, 47).

47) *L. 18. § 1. D. de min.* (4, 4).

48) *L. 17. D. de min.* (4, 4). *L. un. § 2. D. de off. Pr. pr.* (1, 11).

49) *Rubr. Cod. Iust. h. t.* si adversus rem iudicatam restitutio postuletur. 2, 44. si saepius — postuletur u. s. w.

50) *L. un. C. l. in integrum restitutione postulata ne quid novi fiat* (2, 50). *L. 4. C. l. si ex fals. instr.* (7, 58). *L. 32. C. l. de transact.* (2, 4). *cf. L. 46. D. de min.* (4, 4).

51) *L. 8. D. de in int. rest.* (4, 1). *L. 11. § 3. D. de min.* (4, 4) u. s. w. Ueber die Form dieser Cognitio s. §§ 121. 122.

52) Vgl. vorläufig *L. 13. § 1. D. de minor.* (4, 4). *Ulp.* — vel cognitione Praetoria, vel rescissa alienatione dato in rem iudicio und unten § 121.

des früheren Urtheils prüft [53]); oder der Prätor, nachdem er die iusta causa begründet gefunden, cognoscirt selbst in der Sache und reformirt das erste Urtheil. Diese zweite Verfahrungsweise findet nothwendig statt, wenn auch das erste Urtheil vom Prätor gesprochen war [54]), oder wenn es sich um eine theilweise Restitution gegen dasselbe handelt [55]). Dann wird auch die Execution und was sonst in Folge derselben geschehen, wieder rückgängig gemacht [56]). — Ueberall kann gegen das Urtheil des Prätors nicht nur appellirt [57]), sondern auch eine abermalige Restitution erbeten werden, sowohl wenn er sie gewährt [58]) als wenn er sie abgeschlagen hat; in diesem Fall aber nur auf Grund neuer Vertheidigungsmittel [59]).

Mit der in integrum restitutio concurriren bekanntlich in zwei Fällen, wegen Metus und Dolus, ordentliche Rechtsmittel, die actio und exceptio metus und doli, und diese finden auch hier Anwendung. So kann der Kläger, dessen Actio durch Litiscontestation consumirt ist, wenn der Beklagte die Sache verschleppt und das Erlöschen des Judi-

53) *Cic. pro Flacco* 21. si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores. *L. 7. § 1. D. de in integr. rest.* (4, 1). — restituere litem. *L. 7. § 12. D. de minor.* (4, 4). — restauratio eremodicii. *L. 28. eod.* — iudicium restituendum. *L. 29. § 1. eod.* totam debere litem restaurare. *L. 45. eod.* agere ex integro. *L. 18. D. de interrog. in iure* (11, 1). — rescisso iudicio actio datur. *Paul.* V. 5a. § 10. causae instauratio. *L. 1. L. 2. C. I. ex quib. caus. mai.* (2, 54).

54) *L. 39. pr. D. de minorib.* (4, 4). *Scaevola.* — dicta pro aetate sententia adversarii, ut impedirent cognitionem Praetoris ad Imperatorem appellarunt.

55) *L. 29. § 1. D. de minorib.* (4, 4). *Modestin.* Ex causa curationis condemnata pupilla adversus unum caput sententiae restitui volebat: actor maior aetate, qui adquievit tunc temporis sententiae, dicebat, totam debere litem restaurare: Herennius Modestinus respondit: si species, in qua pupilla in integrum restitui desiderat, ceteris speciebus non cohaeret, nihil proponi, cur a tota sententia recedi actor postulans audiendus sit.

56) *L. 9. pr. D. de minorib.* (4, 4). *L. 4. C. I. si ex falsis instr.* (7, 58).

57) *L. 39. pr. cit.* Note 54.

58) *L. 7. § 9. D. de minorib.* (4, 4).

59) *Cod. Iust.* 2, 44. *si saepius in integrum restitutio postuletur.*

ciums durch Zeitablauf bewirkt hat, diesen mit der actio doli auf Schadensersatz belangen [60]). Ebenso findet, wenn das Urtheil durch Dolus herbeigeführt wurde, die actio doli auf Ersatz jedes Schadens, also auch auf Rückzahlung des Judicats statt [61]), und sowohl die exceptio doli gegen die actio iudicati [62]) als die replicatio doli gegen die exceptio rei iudicatae [63]). Diese Rechtsmittel sind vortheilhafter als die Appellation, weil sie nicht an die kurze Interpositionsfrist gebunden sind [64]), und vortheilhafter als die Restitution, weil sie nicht in dem annus utilis verjähren; die actio doli aber von beschränkterem Gebrauch, weil sie nur gegen den geht, der sich des Dolus schuldig gemacht hat [65]). Der actio doli als einer infamirenden Klage soll der Prätor in der Regel die Restitution vorziehen [66]).

---

3. Nullität des Urtheils [1]).

§ 118. Wenn es an den wesentlichen Bedingungen eines gültigen Urtheils fehlt, so bedarf es keiner Anfechtung und

60) *L. 18. § 4. D. de dolo malo* (4, 3).

61) *L. 4. C. I. si ex falsis instr.* (7, 58). *L. 11. D. de except.* (44, 1).

62) *L. 75. D. de iudiciis* (5, 1).

63) *L. 25. D. de dolo malo* (4, 3). *L. 11. D. de except.* (44, 1).

64) *L. 7. C. I. quando provocare non est necesse* (7, 64).

65) Gegen den Beklagten in der Hauptsache unter dieser Voraussetzung *L. 20. § 1. L. 25. D. de dolo malo* (4, 3). *L. 75. D. de iudiciis* (5, 1); gegen den eigenen Sachwalter, wegen Collusion mit dem Gegner soll mit der actio doli geklagt, und nicht restituirt werden *L. 8. § 1. D. mandati* (17, 1). *L. 10. C. I. de procur.* (2, 13); gegen den eigenen Advocaten wegen Prävarication, wenn die Restitution nicht möglich ist. *L. 24. D. de dolo malo* (4, 3). *L. 1. C. I. de advoc. divers. iudiciorum* (2, 7).

66) *L. 7. § 1. D. de in integr.* (4, 1). *Marcell.* — boni Praetoris est potius restituere litem, — quam actionem famosam instituere. Vgl. Note 65.

1) *Dig.* 49, 8. *quae sententiae sine appellatione rescindantur. Cod. Iust.* 7, 64. *quando provocare non est necesse.* Zimmern, Rechtsg. III. § 167. Mein Handbuch § 35. Puchta, Instit. § 180. Keller, Civilpr. § 82 1). Rudorff, Rechtsg. II. § 86. Wetzell, Civilpr. § 60.

Aufhebung durch Appellation oder in integrum restitutio; denn es ist nur der Schein eines Urtheils, kein wirkliches Urtheil vorhanden. Die römischen Juristen gebrauchen dafür den Ausdruck: non est iudicatum, sententia nulla, nullius momenti est [2]), und bemerken, daß es in diesem Fall der Appellation nicht bedürfe [3]). Damit steht nicht im Widerspruch, daß sie die Wegräumung jenes Scheins durch ein gerichtliches Verfahren und einen richterlichen Ausspruch, dessen es zuweilen bedarf, auch als Entkräftung oder selbst als Rescission jenes Urtheils bezeichnen, wie sie ja im sichern Besitz der Rechtsbegriffe es öfter mit den Worten nicht so genau nehmen [4]). Wir bedienen uns dafür des jetzt gewöhnlichen Ausdrucks Nullität des Urtheils.

Was nun die Gründe dieser Nullität betrifft, so sind sie eigentlich in Allem, was bisher über das Gericht und den Prozeß gesagt worden, enthalten; denn das Ziel von allem diesem ist ein rechtsgültiges Urtheil, wodurch dem Rechtsstreit ein Ende gemacht werden soll. Allein da die Bedingungen desselben in dem bisher Gesagten zerstreut liegen, so ist es von Interesse, sie hier in dieser negativen Beziehung kurz zusammen zu fassen. Sie beziehen sich sowohl auf das Verfahren, auf welches das Urtheil gebaut ist, als auf dieses für sich betrachtet, und betreffen den Richter, die Partheien, die Form und den Inhalt des Urtheils.

1) Der Richter muß an sich Richtergewalt gehabt haben, um ein gültiges Urtheil zu fällen, als Magistrat oder als

2) S. z. B. *L. 1. § 1. D. de feriis* (2, 12). *Ulp.* sententiam nullius esse momenti *L. 1. pr. D. h. t.* non esse iudicatum. *L. 41. D. fam. erc.* (10, 2). nullam esse divisionem u. s. w.

3) Dieß ist der Gesichtspunkt, unter welchem die Lehre in den *Dig.* und *Cod. Iust. titt. citt.* vorgetragen wird, die aber auch nicht hierher Gehöriges darunter begreifen, z. B. *L. 1. §§ 1. 4. D. h. t. L. 7. C. I. eod.*

4) So sagt Ulpian in *L. 1. § 1. cit.* Note 2 unmittelbar darauf: citra appellationem sententia infirmabitur, und *L. 5. C. I. h. t. Carus, Carin., Num.* sententiam firmitatem non habere und dann: sine provocatione rescindi. Ueber *L. 1. pr. D. h. t.*, welche die Rubrik des Titels bestimmt zu haben scheint, s. unten Note 41.

Geschworner[5]). Ungültig ist also das Urtheil eines Magistrats, der es nicht wirklich war[6]), oder sich anmaßte, selbst zu urtheilen, wo er einen Geschwornen bestellen mußte[7]). Desgleichen das Urtheil eines Geschwornen, der von einem Nichtberechtigten bestellt[8]), oder zum Geschwornenamt unfähig ist[9]), oder allein, statt mit seinen Collegen gemeinschaftlich, geurtheilt hat[10]). Ferner muß der Richter competent sein für die vorliegende Sache, was nicht bloß für den Magistrat[11]), sondern auch von dem Judex gilt und nach seinem Auftrag beurtheilt wird[12]).

2) Die Partheien. Das Urtheil ist ungültig, wenn es auf eine Person gerichtet wurde, die gar nicht als Parthei, sei es in eigenem oder in fremdem Namen, aufgetreten ist[13]), oder die zur Zeit der Litiscontestation oder des Urtheils nicht existirte[14]), oder die nicht vollkommen rechtsfähig[15]) oder prozessualisch nicht handlungsfähig war[16]). Auch die mangelnde

5) S. *Paul.* V. 5ª. § 1. *L. 81. D. de iudiciis* (5, 1) oben S. 113 folg.

6) Die gerichtlichen Acte des Barbarius Philippus, eines entlaufenen Sklaven, der mit der Prätur bekleidet worden war, wurden jedoch für gültig erklärt. *L. 3. D. de off. Praet.* (1, 14).

7) *L. 4. C. I. de sent.* (7, 45). *Alex.* Prolatam a Praeside sententiam contra solitum iudiciorum ordinem auctoritatem rei iudicatae non obtinere certum est. Vgl. oben § 70 Note 15. 16.

8) *L. 23. § 1. D. de app.* (49, 1). *L. 2. L. 3. C. I. si a non competente iudice* (4, 48).

9) *L. 12. § 2. D. de iudiciis* (5, 1). Caracalla erklärt das Urtheil für gültig, wenn der Geschworne zur Zeit des Urtheils in libertate morabatur. *L. 2. C. I. de sent. et int.* (7, 45).

10) *L. 39. D. de re iud.* (42, 1). *L. 4. C. I. h. t.* S. § 110 Note 4.

11) *Cod. Iust.* 7, 48. *si a non competente iudice iudicatum esse dicatur.* S. oben § 73.

12) *L. 1. C. I. si a non comp. iud.* (7, 48). *Alex.* Iudex ad certam rem datus, si de aliis pronuntiavit, quam quod ad eam rem pertinet, nihil egit. *L. 18. D. de comm. divid.* (10, 3). *L. 5. C. I. h. t.* alio die. In wie weit die Formula ihn band oder sein Officium frei ließ, s. oben § 109 S. 607 folg.

13) *L. 1. C. I. de sent.* (7, 45). *Sever. et Ant.* — non procuratorem, sed ipsam dominam, cuius persona in iudicio non fuit.

14) *L. 2. pr. § 1. D. h. t. L. 59. § 3. D. de re iud.* (42, 1). *L. 74. § 2. D. de iudic.* (5, 1).

15) *L. 44. § 1. D. de iud.* (5, 1). *L. 6. C. I. eod.* (3, 1).

16) Furiosus *L. 9. D. de re iud.* (42, 1), Pupillen und Minderjährige ohne ihren Vormund *L. 45. § 2. D. eod. Cod. Iust.*

Legitimation zur Sache macht Verfahren und Urtheil nichtig, wenn sie nicht zu den Gegenständen der Untersuchung und Entscheidung gehört [17]).

3) Die Form des ganzen Prozesses in seinen wesentlichen Bestimmungen [18]) ist Bedingung der Gültigkeit des Urtheils; daher dasselbe namentlich dann ungültig ist, wenn eine Parthei nicht gehört worden, also zur Instruction (litis contestatio) nicht mitgewirkt hat oder in der Verhandlung (iudicium) nicht zu Worte gekommen ist und auch nicht contumax war [19]). Zur Form des Urtheils selbst gehört, daß es vom Richter in Gegenwart der Partheien mündlich ausgesprochen worden ist [20]).

4) Der Inhalt macht ein Urtheil ungültig, wenn es ausdrücklich dem Gesetz, d. h. überhaupt einem unzweifelhaften Rechtssatz [21]) oder thatsächlich einem früheren rechtskräftigen Urtheil widerspricht [22]) oder Unmögliches befiehlt [23]) oder endlich nicht die nöthige Bestimmtheit hat [24]).

Zur Geltendmachung der Nullität bedarf es zunächst keines eigenthümlichen Rechtsmittels, sondern wo und wie eine Parthei sich vor Gericht auf das Urtheil beruft, kann das rechtliche Nichtdasein desselben, d. h. dessen Ungültigkeit vom Gegner

3, 6. *qui legitimam personam standi in iudiciis habeant vel non*, Frauen ohne Auctoritas ihres Tutors in einem legitimum Judicium. *Ulp.* XI. 24. 27. *Gai.* I. § 184. III. § 83.

17) *L. 36. D. fam. ercisc.* (10, 2). Vgl. meine Versuche S. 112 folg. — Dagegen begründet der Mangel der s. g. Legitimation zu den Acten, d. h. der rechtsgültigen Bestellung eines Vertreters, nicht die Nullität des Verfahrens und Urtheils, da beides zunächst für diesen Vertreter wirksam wird; für den Dominus freilich ist es unverbindlich. S. oben § 100 S. 129 folg.

18) Auch in diesem allgemeineren Sinn ist *L. 4. C. I. de sent.* (7, 45) in Note 7 wahr.

19) *L. 1. § 3. D. h. t. L. 1. § 1. D. de feriis* (2, 12). *Cod. Iust.* 7, 43. *quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat praesentibus partibus vel una parte absente. L. 4. C. I. de procur.* (2, 13).

20) *L. 47. pr. L. 60. D. de re iud.* (42, 1). *L. 1. C. I. de sent. ex periculo* (7, 44).

21) S. § 109 Note 3.

22) *L. 1. C. I. h. t. L. 1. C. I. sententiam rescindi non posse* (7, 50). *L. 9. C. I. de sent.* (7, 45). *L. 6. C. I. de exsec. rei iud.* (7, 53).

23) *L. 3. D. h. t.*

24) S. § 110 Note 20.

behauptet werden, freilich nach allgemeinen Grundsätzen mit Uebernahme des Beweises, um den vorhandenen Schein eines gültigen Urtheils zu zerstören [25]). Die Veranlassung dazu und die Form, wie es geschieht, ist aber eine verschiedene.

Wenn aus einem condemnatorischen Urtheil die obligatio iudicati von dem Kläger gegen den Beklagten vor dem Prätor geltend gemacht wird und dieser bestreitet die Rechtsgültigkeit desselben, so kommt es zur actio iudicati, d. h. in einem Judicium wird untersucht: iudicatum sit necne [26]), zu welchem der Beklagte jedoch nur gegen satisdatio iudicatum solvi und sub poena dupli zugelassen wird [27]). Kann freilich der Beklagte die Gründe der Nullität sofort nachweisen oder bestreitet der Kläger sie nicht, so versagt der Prätor natürlich die actio iudicati und um so mehr die Execution [28]), und erkennt in der Hauptsache nicht selbst, sondern ordnet in dieser ein neues Judicium an [29]).

Auch gegen die exceptio rei iudicatae, die aus jedem rechtskräftigen Urtheil dem Kläger entgegengesetzt wird, der in einem zweiten Prozeß dieselbe Frage (eadem quaestio) zur Entscheidung bringt, kann die Nullität des Urtheils von diesem behauptet und, wenn er sie beweist, jene Einrede zurückgewiesen werden [30]). Hat er opposita exceptione geklagt, so ist es

25) *L. 1. C. I. h. t.* Vgl. oben § 109 Note 53.

26) *L. 1. pr. D. h. t. Macer.* Si quaeratur, iudicatum sit, nec ne *rel.*

27) S. oben § 111 Note 30. 31.

28) *L. 75. D. de iudiciis* (5, 1). *Iulian.* — Paulus notat: Si autem morbo impeditus, aut rei publicae causa avocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandam, vel exsequi Praetorem ita iudicatum non debere.

29) *L. 4. C. I. quomodo et quando* (7, 43). *Philipp.* Si, ut proponis, pars diversa die feriato absente vel ignorante te a iudice dato ferri sententiam pro partibus suis, quasi contumaciter deesses, impetravit: non immerito Praeses negotium alterius iudicis notioni terminandum commisit. *L. 1. C. I. de sent. ex periculo* (7, 44). *Valer. et Gall.* Arbitri nulla sententia est, — : ex integro iudicari impetrabis a Rectore provinciae.

30) *Arg. L. 1. C. I. quibus res iud.* (7, 56). *Alex.* Si neque mandasti fratri tuo defensionem rei tuae, neque quod gestum est ratum habuisti, praescriptio rei iudicatae tibi non

der Judex, der auch hier untersucht: iudicatum sit necne[31]). So insbesondere, wenn ihm in dem früheren Prozeß das Eigenthum abgesprochen wurde, er die Sache deshalb restituirt hat und nun dieselbe Sache von dem Besitzer vindicirt.

Dasselbe scheint gelten zu müssen, wenn der Schuldner in Folge des condemnatorischen Urtheils, sei es freiwillig oder um der Execution auszuweichen, das Judicat gezahlt hat; wenn er gegen seinen vermeintlichen Gläubiger die condictio indebiti anstellt und dieser sich auf die res iudicata als neue causa debendi beruft, werde er deren Nullität behaupten. Allein es steht quellenmäßig fest, daß er dieß nicht kann, die condictio indebiti ist positiv ausgeschlossen und zwar propter auctoritatem rei iudicatae[32]). Dieser anomale Satz erklärt sich aus Folgendem. Wie der Schuldner, ehe er das Judicat gezahlt hat, nur sub poena dupli die Zahlung verweigern kann, so soll er auch, nachdem die Zahlung erfolgt ist, das Urtheil nicht ohne Strafe anfechten können. Die gewöhnliche condictio indebiti, bei der er nur das Simplum riskirt, wird also nicht zugelassen[33]); statt derselben aber eine eigen-

oberit: et ideo non prohiberis causam tuam agere sine praeiudicio rerum iudicatarum.

31) S. *L. 1. pr.* Note 26.

32) *L. 29. § 5. D. mandati* (17, 1). *Ulp.* — nisi si ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei iudicatae repetitio — cessat. *L. 1. C. de cond. indeb.* (4, 5). *L. 74. § 2. D. de iud.* (5, 1). *L. 36. D. fam. erc.* (10, 2). *L. 26. § 10. D. de cond. ind.* (12, 6). *L. 22. pr. §§ 1. 2. 3. D. ratam rem haberi* (46, 8). Auch durch Compensation kann die Rückforderung nicht realisirt werden. *L. 2. C. de compens.* (4, 31). St. si debitum solum l. indebitum solutum.

33) S. *L. 29. § 5. D. cit.* propter auctoritatem rei iudicatae. So Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. XIV. S. 331. „Die Meinung ist die, daß der Querulant das Gezahlte nur durch Nichtigkeitsbeschwerde, d. h. unter Gefahr des Doppelten im Unterliegungsfalle, nicht aber durch eine einfache Condiction ohne Succumbenzstrafe wieder erhalten soll." Ist dieß richtig, so liegt die Annahme nahe, daß in allen Fällen, ubi lis infitiando crescit in duplum, wo bekanntlich die condictio indebiti ausgeschlossen ist, an deren Stelle die revocatio in duplum mit dem Beweise der Ungültigkeit des Damnationslegats u. s. w. statt gefunden habe.

thümliche Klage, die revocatio in duplum, gegeben, die von den Quellen als ein Rechtsmittel zur Anfechtung des Urtheils bezeichnet wird[34]) und durch ihren Namen sich deutlich genug als eine Rückforderung des gezahlten Judicats mit der poena dupli ankündigt[35]). Dieser Bedeutung entspricht es, daß sie erst nach Ablauf eines longum tempus, d. h. nach zehn Jahren inter praesentes, nach zwanzig inter absentes verjährt[36]), also zu einer Zeit noch angestellt werden kann, wo regelmäßig das Judicat gezahlt oder durch Execution beigetrieben ist[37]). Nur gegen eine in contumacem gefällte Condemnation ist sie, gleich der Appellation, nicht zuläſſig[38]).

Dieß ist aber auch das einzige Rechtsmittel, wodurch die Nullität selbständig geltend gemacht werden kann; eine querela nullitatis ist dem römischen Recht unbekannt[39]). Mit der

34) *Paul.* V. 5a. §§ 5. 7. 8. *Cod. Gregor.* X. 1, 1. *Alex. Cic. pro Flacco* 21. decrevit (*sc. Q. Cicero*), ut si iudicatum negaret, in duplum iret, umfaßt beides, die actio iudicati in duplum und die in duplum revocatio; denn in jenem Fall war das Judicat nur theilweise gezahlt. Vgl. Zimmern cit. § 168. Puchta cit. § 181 S. 255. Keller cit. Note 983. Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. XIV. S. 311 folg.

35) Für den Fall der Abweisung muß der Kläger ein Succumbenzgeld von gleichem Betrag wie das zurückgeforderte Judicat, ohne Zweifel der satisdatio iudicatum solvi entsprechend, mit Bürgen promittirt haben.

36) *Paul. cit.* § 8. *cf. L* 8. *D. de adm. rer. ad civ.* (50, 8).

37) Deshalb halte ich Puchta's Erklärung, „daß in den Fällen, wo er die Ungültigkeit des Urtheils behauptet, der Condemnirte nicht die actio iudicati abzuwarten braucht", nicht für richtig. Von der condictio indebiti unterscheidet sie sich auch dadurch, daß es nicht auf Irrthum über die Gültigkeit des Urtheils ankommt.

38) *Paul. cit.* § 7. *Cod. Gregor. cit.*

39) *L.* 3. *C. I. quomodo et quando* (7, 43). *Gordian.* Ab eo iudicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum, si ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis. Ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit commodatus assensus. Wenn der Abwesende, sobald er von dem in Contumaciam ergangenen Urtheil Nachricht erhält, nicht bei Gericht deshalb Beschwerde erhoben, so soll angenommen werden, er habe sich dem Urtheil unterworfen; ein wichtiger Rechtssatz, der aber ein besondres Rechtsmittel zu begründen nicht geeignet ist. In *L.* 75. *D. de iudic.* (5, 1). Marcellus notat *rel.* bezeichnet querela die Beschwerde wegen Dolus des Gegners und den Antrag auf in in-

Appellation freilich konnte die Behauptung der Nullität verbunden und zur Entscheidung des höheren Richters gebracht werden [40]).

Unter welcher Form dieß nun auch geschehen sein möge, das richterliche Urtheil über Gültigkeit oder Ungültigkeit der früheren res iudicata hat die Eigenschaft und Kraft jedes andern Urtheils, wird also selbst rechtskräftig (res iudicata), wenn nicht dagegen appellirt ist und muß, wenn es auf Irrthum beruht, vermöge der ihm beiwohnenden Fiction der Wahrheit das frühere an sich gültige Urtheil vernichten [41]).

F. Rechtsschutz durch Imperium.

1. Praetoriae stipulationes [1]).

§ 119. Rechte des Imperiums, d. i. der höheren obrigkeitlichen Gewalt, sind 1) die Auferlegung einer praetoria stipulatio, 2) die missio in possessionem und 3) die in integrum restitutio, welche jedoch eben sowohl wie die Instruction des Civilprozesses durch Bestellung eines Geschwornen und die dadurch vermittelte Entscheidung des Rechtsstreits und die Execution des Urtheils zur Rechtspflege in Civilsachen,

tegrum restitutio. — Auch was sonst Wetzell cit. S. 627 folg. für das Gegentheil beibringt, überzeugt mich nicht; insbesondre, daß die querela nullitatis beim Kaiser habe angebracht werden können, bezweifle ich, da die Supplication contra rem iudicatam bestimmt verboten war. *L. 4. D. de app. recip.* (49, 5). *L. 1. C. I. ut lite pendente* (1, 21).

40) *L. 19. D. de appell.* (49, 1). *L. 41. D. fam. erc.* (10, 2). *L. 24. D. de iure patron.* (37, 14).

41) *L. 1. pr. D. h. t. Macer.* Illud meminerimus: Si quaeratur, iudicatum sit necne, et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit, licet fuerit iudicatum, rescinditur, si provocatum non fuerit. Mit dem anderen Grundsatz, daß ein zufällig contra rem iudicatam gefälltes Urtheil nichtig sei, steht dieß nicht im Widerspruch.

1) *Dig.* 46, 5, *de stipulationibus praetoriis.* Keller, Civilpr. § 77. Rudorff, Rechtsg. II. § 56.

also insofern zur Jurisdictio, folglich zu unserer Aufgabe gehören [2]).

Praetoriae stipulationes sind in Form der verborum obligatio eingegangene Verpflichtungen, nicht in Folge freier Uebereinkunft, sondern auf Befehl des Magistrats [3]), in Fällen, die dieser in seinem Edict angekündigt hat [4]). Sie gehören sämmtlich dem ius honorarium an und verdanken daher dieser Periode wohl ihre Entstehung [5]).

Ihr allgemeiner Zweck ist die Sicherung des Interesses der Parthei, die sie verlangt [6]), und da dieser dadurch, wie durch die im Edict aufgestellte Formula, eine Klage verschafft wird, so werden diese prätorischen Stipulationen auch zu den actiones im weiteren Sinne gerechnet [7]).

Die Gründe, um deren willen sie angeordnet sind und gefordert werden können, sind sehr verschieden, hauptsächlich aber von zweierlei Art. Sie beziehen sich theils auf den Prozeß und dienen entweder zur Sicherung seiner Instruction in Jure (vadimonia) [8]) oder seiner Durchführung im Judicium (stipulationes iudiciales) [9]), theils auf zur Zeit noch nicht streitige Rechts-

2) S. oben § 70 Note 23. 24. 25.

3) *L. 5. pr. D. de verb. obl.* (45, 1). *Pompon.* und *Inst.* 3, 19. *de divisione stipulationum* unterscheiden 1) stipulationes iudiciales, die officio iudicis auferlegt werden, 2) praetoriae, quae iussu Praetoris, und 3) conventionales, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur.

4) In den Edicten des Prätor urbanus und peregrinus *Lex Rubr.* c. 20. *vers.* 25. *sq.* und der Aedilen *L. 5. pr. cit. § 2. I. cit. L. 28. D. de aed. ed.* (21, 1). Natürlich wurden sie auch in die Provinzialedicte übernommen. *L. 10. D. h. t. L. 1. D. qui satisdare* (2, 8). Die räthselhafte stipulatio tribunicia bei *Ulp.* VII. 3. schreibt Rudorff cit. Note 2 dem Militärtribunat zu.

5) Keller cit. § 22 II) versetzt ihren Anfang schon in die Zeit der Legis Actiones. Vgl. oben § 54 Note 12.

6) *L. 1. § 4. D. h. t.* — omnes stipulationes natura sui cautionales esse *rel.*

7) *L. 37. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). *L. 10. § 3. D. de compens.* (16, 3). *L. 20. D. ratam rem haberi* (46, 8). Auch wird die gerichtliche Forderung der Stipulation agere genannt. *L. 7. pr. D. de damn. inf.* (39, 2). *Ulp.* Ait Praetor: — EUMVE CUIUS NOMINE AGET.

8) Ulpian in der Eintheilung der prätorischen Stipulationen in iudiciales, cautionales und communes giebt dem Vadimonium diesen letzten Namen. *L. 1. pr. § 3. D. h. t.* Vgl. § 83.

9) *L. 1. § 1. D. h. t.* Dahin

verhältnisse, so daß man sich dadurch nur für die Zukunft eine Klage sichern will [10]). Da die Fälle der ersten Art früher erläutert worden sind (§§ 83. 104) und die der zweiten ihre Erklärung nur aus der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse im System des Civilrechts erhalten können, so beschränken wir uns hier auf Hervorhebung der allgemeinen Gesichtspunkte und eines wichtigen, hier zur Anwendung kommenden Princips des materiellen Actionenrechts [11]).

In den meisten dieser Fälle wird durch die vom Prätor erzwungene Stipulation dem Imploranten zwar eine neue Actio verschafft, aber doch nur zur Sicherung eines bereits ihm zustehenden oder von ihm erwarteten Anspruchs, und zwar noch aus sehr verschiedenen, immer aber eine Begünstigung dieses Anspruchs in sich schließenden Gründen [12]). Nur in Einem

gehörten hauptsächlich iudicatum solvi und ratam rem haberi. Vgl. § 104. Ulpian rechnet dahin auch die stipulatio de operis novi nuntiatione, weil sie nur den Besitzstand während des von dem Nuntianten zu erhebenden Prozesses regulirt und ihm die Restitution, wenn er ihn gewinnen sollte, sichert. Die Natur einer sponsio praeiudicialis hatte diese Stipulation wohl nicht. Anders Puchta cit. S. 153.

10) *L. 1. § 2. D. h. t. Ulp.* Cautionales sunt autem quae instar actionis habent, et, ut sit nova actio, intercedunt: ut de legatis stipulationes, et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. Es ist oben § 104 Note 4 bemerkt worden, daß ratam rem haberi passender unter die iudiciales gerechnet wird.

11) Die wichtigsten Fälle s. bei Keller und Rudorff cit.

12) Dieß ist unzweifelhaft der Fall bei rem pupilli salvam fore *Dig.* 46, 6. und bei der Caution städtischer Verwaltungsbeamten *Lex Flav. Mal. c.* 60. *L. 2. §§ 11. 12. L. 3. § 3. L. 9. § 7. D. de adm. rer.* (50, 8). Ebenso bei der Caution des Abrogator wegen Herausgabe der Erbschaft des abrogirten Unmündigen *LL. 18—20. D. de adopt.* (1, 7) und des Emancipatus wegen der Collation. *Paul.* V. 9. § 4. *L. 1. §§ 9—13. D. de coll. bon.* (37, 6). Die cautio legatorum servandorum causa *Dig.* 36, 3. und die verwandten (s. Rudorff cit. Note 14—16) beruhten auf der Pietät gegen den Willen des Testirers. *L. 1. pr. h. t.* ut, quibus testator dari fierive voluit, his diebus detur vel fiat. *L. 5. § 24. D. ut in poss.* (36, 4). Satis fieri voluntati defuncti. *L. 2. C. l. ut in poss.* (6, 54). voluntatis defunctorum tuendae gratia. Die cautio tribunicia wegen der impensae in dotem factae auf der bona fides, die bei der actio ex stipulatu sonst ausgeschlossen wäre. *Ulp.* VII. 3. Auch das Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Usufructuar wird durchaus als bonae fidei behandelt und deshalb durch die cautio usu-

Fall wird dadurch in der That eine neue Forderung geschaffen, wo eine solche weder besteht, noch zu erwarten ist, bei der stipulatio damni infecti [13]), und damit hat es folgende Bewandtniß.

Auf Ersatz widerrechtlicher Beschädigungen hat das römische Recht viele und verschiedenartige Schadensklagen aufgestellt und durch eine derselben, die actio damni iniuriae, das ganze Gebiet derselben zu erschöpfen, also zu bestimmen versucht, was widerrechtliche Beschädigung an sich sei. Eben deshalb geht dieselbe in subjectiver Beziehung bis an die äußerste Grenze der Zurechnung; auch noch die geringste Schuld (culpa levissima) verpflichtet zum Ersatz, nur der reine Zufall, den auch der tüchtige Mann (homo frugi, diligens paterfamilias) nicht abgewandt hätte, ist straflos. Auch in objectiver Beziehung bestimmt sie die strafbare Handlung genau [14]). Hier aber interessirt uns nur, daß diese Schadensklage und ebenso alle andern ohne Ausnahme ein positives Thun voraussetzen. Die Römer gingen also von dem Grundsatz aus, daß ein guter Hausvater, — und ein solcher soll Jeder sein, — für das Seine sorgt und sich auch der geringsten Unvorsichtigkeit im Thun Andern gegenüber enthält, nicht aber gesetzlich verpflichtet ist, durch fleißiges Thun Schaden von Andern abzuwenden. Anders natürlich, wenn er durch Contract oder Quasicontract eine solche Verpflichtung übernommen hat. Wie wäre es auch möglich, eine solche allgemeine Verpflichtung gesetzlich aufzustellen oder eine bestimmte Grenze derselben zu ziehen. — Sollte aber der gute Hausvater, indem er für das Seine sorgt, nicht we-

fructuaria gesichert *Dig.* 7, 9. *L. 7. C. I. ut in poss. leg.* (6, 54); vgl. oben § 93 Note 14, und die ädilicische duplae stipulatio sichert Treu und Glauben im Handel und Wandel. *L. 37. D. de aedil. edicto* (21, 1). — curant Aediles ne emptores a venditoribus circumveniantur.

13) *Lex Rubria c.* 20. *Paul.* V. 10. *Dig.* 39, 2. *de damno infecto.*

14) S. oben § 95 Note 7. Die Analogie dieses Falls und des damnum infectum wird ausdrücklich anerkannt in *L. 7. § 1. D. de damno infecto* (39, 2). Eine andre Analogie s. oben § 106 Note 75.

nigstens auch das verhüten müssen, daß von dem Seinen, wenn auch ohne sein Zuthun, Andern ein Schaden entstehe? Auch in dieser Hinsicht hielten die Römer an dem allgemeinen Grundsatz fest, beschafften aber, wo es Noth that, anderweite Hülfe. Wer seine Menschen, Sklaven oder Freie, oder sein Vieh nicht in Zucht hält, ist nicht werth sie zu besitzen, der Beschädigte kann sie ergreifen, wegführen und darin seine Genugthuung suchen, wenn der Herr sie nicht durch Ersatz des Schadens einlöst [15]). Wie aber bei Grundstücken? Muß ich es mir gefallen lassen, daß z. B. durch den Einsturz eines benachbarten Hauses das Meinige beschädigt, zertrümmert werde? Ist es nicht Pflicht des Eigenthümers, diesen Schaden abzuwenden, und muß mir nicht, wenn er eintritt, deshalb eine Schadensklage gegen ihn gegeben werden? Die Römer verkannten dieß Bedürfniß des nachbarlichen Verkehrs keineswegs, suchten aber eine Abhülfe ohne directe Verletzung jenes weisen Grundsatzes. In dem ältesten Recht scheint man einen ähnlichen Weg wie bei Thieren eingeschlagen, dem Bedrohten eine eigenmächtige Beschlagnahme (pignoris capio) des Grundstücks, von welchem ihm Schaden droht, gestattet zu haben [15]). Später trat der Prätor in die Mitte, befahl dem Eigenthümer Caution wegen des drohenden Schadens zu stellen (stipulatio damni infecti), und verschaffte auf diese Weise, unbeschadet des allgemeinen Grundsatzes, dem Stipulator für den Fall, daß der Schaden eintrat, eine Klage auf Ersatz desselben. Verweigerte der Andere die Bestellung dieser Caution, so wies der Prätor den Bedrohten in das benachbarte Grundstück ein, zunächst zum Mitbesitz, um den Nachbarn zur Nachgiebigkeit zu bewegen und um ihm selbst die Abwendung des Schadens möglich zu machen; dann aber, nach Ablauf der gesetzten Frist, zum Eigenthum, weil wer das Seine nicht in Ordnung hält, nicht werth ist es zu haben. Nur wenn der Eigenthümer auch die Immission verhindert hat und ein Schaden sich ereignet, giebt der Prätor eine Scha-

15) S. § 54 Note 13.

densklage auf Grund des gegen sein Decret bewiesenen Ungehorsams. — Uns will das fast eine Künstelei scheinen; aber die Römer scheuten solche Umwege nicht, wenn es galt, ein wichtiges Rechtsprincip nicht zu verletzen[16]).

Die prätorischen Stipulationen sind in den meisten Fällen mit Bürgschaft (satisdatio) verbunden[17]), an deren Stelle der Prätor nur ausnahmsweise Pfand oder Gelddeposition zuläßt[18]); in einigen Fällen genügt nuda repromissio[19]). So bei dem Vadimonium der mit Grundeigenthum Angesessenen[20]). Selbst durch eidliches Versprechen (cautio iuratoria) kann dieses aus bestimmten Gründen bestellt werden[21]).

Die Formeln für diese Stipulationen hatte der Prätor, wie die der Actiones, in seinem Edict aufgestellt[22]) und modificirte sie auch im einzelnen Fall nach Bedürfniß[23]). Der Gegenstand war natürlich abhängig von dem Thun oder Unterlassen, was dadurch gesichert werden sollte, jedoch stets, wie die Actio, eventuell auf Geldzahlung gerichtet, und zwar entweder auf das Interesse (quanti ea res erit), also eine in-

16) Diesen Zusammenhang hat meines Wissens zuerst Hasse in seinem Buch über „die Culpa" hervorgehoben, und es scheint nicht überflüssig, ihn in Erinnerung zu bringen.

17) *L. 1. § 5. D. h. t. L. 4. § 1. D. rem pupilli* (46, 6). *L. 1. D. qui satisdare* (2, 8). *Gai.* IV. §§ 88. *sqq.* Die Stipulation bildet das Substrat der Bürgschaft und muß daher durch spondes? spondeo bestellt werden, wenn, wie das Edict des Prätor urbanus verlangt, Sponsoren gegeben werden. *Paul.* V. 10. § 1. *Gai.* III. § 119.

18) *L. 7. D. h. t. L. 1. § 9. D. de coll. bon.* (37, 1).

19) *L. 1. §§ 5—8. D. h. t. Lex Rubr. c.* 20. *v.* 8. *sq.* restipularei satisve accipere. *v.* 11. *sq.* repromittere et, sei satisdarei oportebit, satisdare. *L. 7. pr. D. de damno infecto* (39, 2) u. s. w.

20) *L. 15. D. qui satisdare* (2, 8).

21) *Gai.* IV. § 185. Fiunt autem vadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisdatione; quibusdam cum satisdatione; quibusdam iureiurando.

22) *Lex Rubria c.* 20. *v.* 8. 12. ex formula. *v.* 25. *sq. v.* 34. *sq.* eam stipulationem, quam is quei Romae inter peregreinos ius deicet in albo propositam habet. *Gai.* IV. § 31. stipulatione, quae in edicto proposita est. Beispiele giebt Rudorff cit. Note 12. 13.

23) *L. 52. pr. D. de verb. obl.* (45, 1). *Ulp.* — praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente Praetoris, qui eas proposuit.

certa quantitas [24]), die sich jedoch im Erfolg in eine bestimmte Summe verwandeln konnte [25]), oder von vorn herein, um den Beweis des Interesses zu ersparen, auf eine bestimmte poena [26]). Von Nebenbestimmungen wird ihr stets die clausula doli eingerückt [27]), häufig eine Zeitbestimmung, welche die Dauer der Verpflichtung beschränkt [28]); auch andere Einschränkungen in Form einer exceptio [29]).

Was die Personen betrifft, so können die Partheien, wie bei der Actio, selbst oder durch Stellvertreter, Cognitoren, Procuratoren, Tutoren u. s. w. vor Gericht in der Sache auftreten und stipuliren oder promittiren [30]), wodurch zunächst Recht und Verpflichtung für den Vertreter begründet, aber durch actiones utiles auf den Dominus übertragen wird [31]). Ist die Legitimation des Vertreters zweifelhaft, so stellt er cautio de rato [32]). Eine directe Repräsentation wird durch einen Haussohn oder Sklaven bewirkt; nöthigen Falls kann auch einem servus publicus oder dem Magistrat selbst promittirt werden [33]).

Das Verfahren ist folgendes. Wenn der zur Caution Verpflichtete sie in Folge außergerichtlicher Aufforderung nicht

24) *L. 2. pr. §§ 1. 2. D. h. t. L. 14. D. si quis caut.* (2, 11). *L. 4. § 7. L. 18. § 10. D. de damn. inf.* (39, 2). *L. 2. L. 13. pr. L. 19. D. ratam rem* (46, 8).

25) Z. B. bei iudicatum solvi in das Judicat. *L. 9. D. iud. solvi* (46, 7).

26) *L. 6. L. 11. D. h. t. L. 8. § 2. D. ratam rem hab.* (46, 8).

27) *Lex Rubr. c.* 20. *v.* 37. ex fide bona. *L. 6. L. 17. L. 19. D. iud. solvi* (46, 7). *L. 19. L. 22. § 7. D. ratam rem* (46, 8). *L. 5. pr. D. usufr. quemad. cav.* (7, 9). *L. 3. pr. D. si cui plus* (35, 3). *L. 1. pr. D. ut leg.* (36, 3). *L. 21. § 2. D. de op. n. n.* (39, 1).

28) *L. 10. D. h. t. L. 7. pr. L. 13. § 15. D. de damn. inf.* (39, 2) und zwar causa cognita.

29) *L. 7. pr. L. 22. § 1. L. 31. § 1. L. 39. § 3. D. de damn. inf.* (39, 2).

30) *L. 7. pr. D. de damn. inf.* (39, 2). *Ulp.* Ait Praetor: — EUMVE CUIUS NOMINE AGET. *L. 3. D. h. t. L. 3. §§ 1—6. D. iud. solvi* (46, 7).

31) Causa cognita *L. 5. D. h. t. L. 18. § 16. D. de dam. inf.* (39, 2). — per mandati actionem. *L. 1. § 17. D. quod leg.* (43, 3).

32) *L. 3. § 2. D. ut in poss.* (36, 4). *L. 39. § 3. D. de damn. inf.* (39, 2). *L. 20. D. ratam rem hab.* (46, 8).

33) *L. 2. L. 3. L. 4. pr. L. 5. D. rem pupilli* (46, 6). *L. 1. § 15. D. de mag. conv.* (27, 8). *L. L. 18. D. de adopt.* (1, 7).

freiwillig leistet, so geht der Berechtigte den competenten Magistrat an und bittet (postulat), sie jenem zu befehlen[34]). Der Magistrat läßt den Gegner durch seinen Gerichtsbedienten vor Gericht laden (in ius educere)[35]), und wenn er sich nach summarischer Untersuchung überzeugt, daß der Antrag nicht unbegründet und nicht calumniae causa gestellt sei[36]), oder wenn der Antragsteller für sich, oder, wenn er einen Andern vertritt, für diesen dieß beschwört[37]), so ertheilt er durch ein Decret jenen Befehl, oder im entgegengesetzten Fall versagt

34) Für die Privataufforderung s. *L. 4. § 5. D. de damn. inf.* (39, 3). DUM EI, QUI ABERIT *rel.* Abesse autem videtur et qui in iure non est, d. h. der Privataufforderung nicht Folge geleistet hat. *L. 1. § 1. D. ut in poss. leg.* (36, 4). si non fuerit, qui interpelletur cautionis nomine. *Lex Rubr. c.* 20. *v.* 7. *sqq.* Qua de re quisque et a quo in Gallia cisalpeina damnei infectei ex formula restipularei satisve accipere volet, et ab eo quei ibei iure deicundo praeest postulaverit *rel.* Den Municipalmagistraten in Gallia cisalpina war dieß Recht ausnahmsweise noch ertheilt; später hatten sie es nur ex delegatione Praetoris. *L. 4. § 3. D. de damn. inf.* (39, 2).

35) *Lex Rubria cit. v.* 10. eum quei in ius eductus erit. Also nicht ab adversario in ius vocatus. Vgl. § 83 Note 1. Das in ius adire und postulare bezeichnet das Gesetz als die erste gerichtliche Handlung des Imploranten. Dieser kann den Gegner nicht in Jus vociren, weil er zur Zeit keine Actio gegen ihn hat; er muß erst den Prätor bitten, daß dieser ihm eine solche durch die Stipulation verschaffe; die Stipulation aber kann nur der in Jure gegenwärtige Widersacher bestellen, daher muß er durch eine zweite denuntiatio ex auctoritate dessen Gegenwart herbeiführen. *cf. Fr. Vat.* § 167. Für den Fall der Abwesenheit des Imploraten von Haus s. *L. 4. §§ 5. 6. D. de damn. inf.* (39, 2). Vgl. § 122.

36) *L. 1. § 9. D. h. t. Ulp.* Quodsi sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari ut stipulatio interponatur, ipse Praetor debet super ea re summatim cognoscere *rel. L. 3. § 1. D. ut in poss. leg.* (36, 4). *L. 5. § 2. D. ut leg. serv.* (36, 3). *Pap.* Si — heres — per calumniam postulari contendat et relictum neget, non aliter audiendus erit, qui caveri postulat, quam si scripturam, qua relictum adfirmet, exhibuerit. *L. 1. C. I. ut in poss.* (6, 54). non subtiliter cognoscere. Nur ausnahmsweise findet eine gründliche causae cognitio statt. S. Note 28.

37) *Lex Rubria cit. v.* 2. idque non calumniae caussa se facere iuraverit. *L. 7. pr. D. de damn. inf.* (39, 2). *Ulp.* Praetor ait: — EI QUI IURAVERIT NON CALUMNIAE CAUSA ID SE POSTULARE, EUMVE CUIUS NOMINE AGET POSTULATURUM FUISSE. Bei Damnum infectum vertritt dieser Eid allemal die Stelle des Beweises. *L. 13. § 3. eod.*

er ihn [38]). Verweigert der Gegner sie auch jetzt, so gebraucht der Magistrat Zwangsmittel verschiedener Art, jedoch in der Regel und zunächst nur indirecte, in possessionem missio [39]), Versagung der Klagen [40]), auch wohl Pignoris Capio [41]). In einigen Fällen ertheilt er auch eine Klage direct auf das, was die Caution dem Kläger gewährt haben würde [42]). Ist dagegen die Stipulation bestellt, so überwacht der Magistrat auch deren Ausführung; entscheidet jeden Streit über ihren Sinn [43]), ändert [44]) oder erneuert sie nöthigen Falls [45]), giebt auch die Klage daraus [46]) oder hebt sie aus Gründen auf [47]).

---

2. Missio in possessionem [1]).

§ 120. Missio in possessionem ist die Ermächtigung, die ein mit Imperium bekleideter Magistrat einer Parthei ertheilt zur Besitzergreifung des ganzen Vermögens eines Andern

38) *Lex Rubria cit. c.* 12. iubeto decernito. *L. 1. § 9. cit.* Note 36. — et cautum iubere aut denegare. *L. 14. § 1. D. ut leg. serv.* (36, 3). quotiens evidens res est. *L. 1. §§ 3. 4. D. ut in poss.* (36, 4). cum constet — cum certum sit.

39) So bei Damnum infectum *L. 7. pr. D. de damn. inf.* (36, 2). legatorum servandorum causa *Dig.* 36, 4. u. s. w. Vgl. § 120.

40) *L. 1. § 7. D. si cui plus* (35, 3). *L. 10. D. ut in poss. leg.* (36, 4). *L. 1. § 10. D. de coll. bon.* (36, 7). Vgl. oben § 86 Note 27.

41) *§ 3. I. de satisd. tut.* (1, 24).

42) Bei Damnum infectum, wenn auch die Missio verhindert wird oder der Schaden früher eintritt, eine actio ficticia *Lex Rubr. c.* 20. *L. 7. pr. D. de damn. inf.* (39, 2). Den Intestaterben des Pupillen gegen den Adrogator *L. 19. § 1. D. de adopt.* (1, 7). utiles actiones. Dem Käufer gegen den Verkäufer, der nicht cavirt *L. 28. D. de aed. edicto* (21, 1). — ad redhibendum iudicium intra duos menses, vel quanti emptoris intersit intra sex menses.

43) *L. 9. D. h. t.*

44) *L. 1. § 10. D. h. t. L. 52. pr. D. de verb. obl.* (45, 1).

45) *L. 4. L. 10. D. h. t. L. 15. pr. D. de damn. inf.* (39, 2).

46) *L. 15. § 1. D. ut leg. serv.* (36, 3). *L. 1. pr. D. ut in poss. leg.* (36, 4).

47) *L. 15. § 1. D. de damn. inf.* (39, 2).

1) *Dig.* 42, 9. *quibus ex causis in possessionem eatur.* Zimmern, Rechtsg. III. §§ 84. 85. Keller, Civilpr. § 78. Rudorff, Rechtsg. II. § 57.

(missio in possessionem bonorum) oder eines Vermögenscomplexes (missio in possessionem hereditatis) oder einer einzelnen Sache (missio in possessionem rei)[2]), und zwar noch zu sehr verschiedenen Zwecken und mit verschiedenem Erfolg. Das Gemeinsame aller Fälle besteht nur darin, daß jener Besitz, also die ganze Maßregel, eine provisorische ist, während sie sonst auch in der Behandlung und in den Rechten wesentlich von einander abweichen[3]).

Am nächsten unter sich verwandt sind I) diejenigen Fälle, wo die Besitzergreifung einerseits, gleich den so eben betrachteten Cautionen, zunächst nur zur Sicherheit des Immittirten (rei servandae causa) und andrerseits als Zwangsmittel zur Ueberwindung einer Rechtsweigerung des Gegners (contumaciae coërcendae causa) dienen soll[4]). Dahin gehören:

1) Die missio in bona des Judicatus und Indefensus, vorzugsweise rei servandae causa genannt[5]), von welcher in der Lehre vom Indefensus (§ 106) und von der Vermögensexecution (§ 114) ausführlich gesprochen worden ist. Eigenthümlich ist ihr, daß mit dem sichernden Besitz regelmäßig das Verkaufsrecht zum Behuf der Befriedigung der immittirten Gläubiger verknüpft ist. — Verwandt ist die missio rei servandae causa der Pupillen in das Vermögen des Tutors, der sich der Cognition des Prätors wegen Bestimmung der Alimente entzieht[6]). Ferner die missio dotis servandae causa, welche der Ehefrau zur Sicherung ihrer Dotalforderung in das ganze Vermögen des Mannes ertheilt wird, mit dem

2) *L. 1. D. h. t. Ulp.* — non universorum (*sc. bonorum*) nomine, sed rei tantum.

3) Zusammengestellt werden die Fälle der I) und II) Art in *L. 1. cit.* und in Bezug auf die Rechte in *L. 12. D. h. t.* *L. 1. § 2. D. ne vis fiat* (43, 4) und sonst.

4) Die hier gebrauchten lateinischen Ausdrücke haben in den Quellen eine engere Bedeutung. Für die Sache s. *L. 15. § 36. D. de damn. inf.* (39, 2). vice cautionis. *L. 5. pr. D. ut in poss. leg.* (36, 4). — ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.

5) S. § 114 Note 37.

6) *L. 7. § 2. D. de susp. tut.* (26, 10). ex epistola D. Severi.

Rechte freier Verwaltung und der Befriedigung aus den Erträgen des Vermögens und dem Verkauf einzelner Sachen [7]).

2) Missio legatorum sive fidei commissorum servandorum causa. Wenn die Entrichtung eines Vermächtnisses erst in der Zukunft, mit dem Eintritt einer Bedingung oder eines Termines, oder mit dem Ausgang eines Rechtsstreits erwartet wird, so kann der Vermächtnißnehmer von dem Erben deshalb Caution fordern [8]), und im Fall seiner Weigerung die Einweisung in den Besitz der Erbschaft verlangen [9]). Auf seine Befriedigung aus derselben [10]), oder gar auf den Genuß der Erträge hat er regelmäßig kein Recht [11]). — Es war daher in jeder Beziehung etwas Neues, daß Caracalla dem Vermächtnißnehmer, dessen Recht feststeht, wenn er sechs Monate nach Anmeldung seines Anspruchs beim Prätor nicht befriedigt worden ist, die Einweisung in den Besitz des eigenen Vermögens des Erben verhieß, um aus dessen Ertrag seine Befriedigung zu nehmen [12]).

3) Wegen verweigerter cautio damni infecti wird der Fordernde in den Besitz des Grundstücks, von welchem der Schaden droht, eingewiesen, und wenn der Eigenthümer desselben auch dann nicht Folge leistet, das Eigenthum selbst durch den Prätor auf ihn übertragen [13]).

Dem Zweck dieser Missionen entsprechend können sie durch anderweite Cautionsstellung wieder aufgehoben werden [14]).

7) *L. 26. § 1. D. ad mun.* (50, 1). *L. 48. D. de solut.* (46, 3).

8) *Dig.* 36, 3. *ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.* S. § 119 Note 12.

9) *Dig.* 36, 4. *ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat.* *Cod. Iust.* 6, 54. *L. 1. § 2. D. ut leg.* (36, 3).

10) *L. 5. § 22. D. h. t.*

11) Ausnahmsweise *L. 14. D. h. t.* — si filia neptis proneptis uxorve esset, nec nupta sit, nec suum quidquam habeat.

12) *L. 5. §§ 16—25. D. h. t.* *L. 3. § 1. D. ne vis fiat* (43, 4). *Paul.* IV. 1. § 17.

13) *L. 7. pr. D. de damn. inf.* (39, 2). *Ulp.* Ait Praetor: — EUM CUI ITA NON CAVEBITUR, IN POSSESSIONEM EIUS REI, CUIUS NOMINE UT CAVEATUR POSTULABITUR, IRE ET, CUM IUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, ETIAM POSSIDERE IUBEBO.

14) Für rei servandae causa s. oben § 114 Note 66. 67; für legatorum serv. causa *L. 11. D. ut leg. serv.* (36, 3). *L. 5. § 1. L.*

Dahingegen haben II) die drei Fälle der bonorum possessio decretalis, nehmlich 1) ventris nomine, der schwangern Ehefrau, deren Kind den Erblasser wahrscheinlich als Suus oder sonst inter liberos beerben wird [15]); 2) ex Carboniano edicto, des Unmündigen, dem sein Status und die Erbschaft zugleich bestritten wird [16]); und 3) des curator furiosi, bis dieser sich über den Antritt der Erbschaft erklären kann oder stirbt [17]), den eigenthümlichen, gemeinsamen Zweck, dem eventuellen Erben den Genuß der Erbschaft, in welche die Missio ertheilt ist, zum Behuf seines Unterhaltes zu verschaffen [18]).

In den Fällen der I) Art wird die Missio auf simple Postulatio ertheilt [19]); dagegen erfordert II) die bonorum possessio decretalis eine causae cognitio [20]).

Die in beiderlei Fällen durch die Missio begründeten Rechte sind:

1) Besitz, aber nicht juristischer, noch weniger Eigenthum, sondern Detention (esse in possessione custodiae causa) [21]), und zwar regelmäßig nur Mitbesitz des Immittirten neben dem bisherigen Besitzer [22]) und so viel Disposition, als zur Wahrung seines Interesses nöthig ist [23]).

6. § 1. D. ut in poss. leg. (36, 4); für cautio damni infecti *L. 13. §§ 30. 31. D. de damn. inf.* (39, 2).

15) *Dig.* 37, 9. *de ventre in possessionem mittendo et curatore eius.*

16) *Dig.* 37, 10. *Cod. Iust.* 6, 17. *de Carboniano edicto.*

17) *Dig.* 37, 3. *de bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, caeco competente. cf. L. 7. C. I. de cur. fur.* (5, 70).

18) *L. 1. § 19. D. si ventris nomine* (37, 9). *L. 6. § 5. D. de Carb. edicto* (37, 10), Zur Verwaltung in dieser Richtung wird ein Curator bestellt, während für den Furiosus dessen Curator immittirt wird.

19) Wegen rei servandae causa s. oben § 114 Note 27. Bei legatorum servandorum causa genügt, daß die Caution nicht geleistet worden. *L. 1. § 1. D. ut in poss.* (36, 4). Ebenso bei damnum infectum.

20) *L. 2. §§ 1. 2. D. quis ordo* (38, 15).

21) Wegen rei servandae causa s. § 114 Note 39. legatorum serv. causa und ventris nomine. *L. 5. § 22. D. ut in poss.* (36, 4). *L. 12. D. h. t. L. 3. § 23. L. 10. § 1. D. de acq. poss.* (41, 2). *L. 3. § 8. D. uti poss.* (43, 17).

22) S. § 114 Note 41. *L. 5. § 22. cit.* pati heredem colere agros et fructus redigere. *L. 15.*

2) Schutz in der Ausübung dieses Rechts durch ein prohibitorisches Interdict, actiones in factum und exsecutio extraordinaria[24]).

3) Prätorisches Pfandrecht an dem Gegenstand des Besitzes[25]).

Durchaus verschieden von den bisher genannten Fällen sind III) die Einweisungen in den Besitz einer streitigen Sache, wodurch die Partheirollen in dem Prozeß über dieselbe bestimmt werden; also 1) die Immission des scriptus heres ex edicto divi Hadriani, der ein auf den ersten Anschein gültiges Testament vorzeigt und dem mit dem Besitz die günstigere Beklagtenrolle im Erbschaftsprozeß zugetheilt wird[26]), und 2) die durch den Magistrat, an Stelle der Interdicte quem fundum, quam hereditatem oder quem usumfructum, iure suae potestatis bewirkte translatio possessionis auf den Kläger, weil der Beklagte die Sache nicht durch iusta defensio vertritt[27]).

Gar nicht gehört hieher die bonorum possessio edictalis, d. h. das prätorische Erbrecht, welches ursprünglich allerdings auf einer prozessualischen Immission beruhte[28]), in dieser Periode aber nur noch formell durch eine Erklärung des Berufenen vor dem Prätor und ein Decret desselben erworben wird[29]).

---

§ 20. D. de damn. inf. (39, 2). *L. 1. § 1. D. de Carb. edict.* (37, 10). — simul in possessionem. Nur gegen Caution erhält der Pupill den Alleinbesitz. *L. 6. § 4. D. eod.*

23) S. oben § 114 Note 42 folg. *L. 5. § 22. cit.* — cogere fructus et coactos servare; — vendere. *L. 15. § 30. D. de damn. inf.* (39, 2). *L. 1. §§ 17. sqq. D. ventris nom.* (37, 9).

24) *Dig.* 43, 4. *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. L. 14. pr. § 1. D. h. t. L. 5. §§ 23. 27. D. ut in poss. leg.* (36, 4). *L. 15. § 36. L. 4. § 2. L. 17. § 3. D. de damn. inf.* (39, 2).

25) *L. 26. pr. D. de pign. act.* (13, 7). ex quacunque causa. *Cod. Iust.* 8, 23. *de praetorio pignore. L. 3. § 1. D. de reb. eor.* (27, 9). *L. 3. L. 5. C. I. ut in poss.* (6, 54).

26) *Paul.* III. 5. §§ 14—18. *Cod. Iust.* 6, 33. *de edicto divi Hadriani tollendo.*

27) S. oben § 106 Note 70. Dahin gehört auch der singuläre Fall in *L. 5. § 1. D. ut leg.* (36, 3).

3. In integrum restitutio[1]).

§ 121. Was Billigkeit (aequitas) und das billige Recht (aequum ius) im Gegensatz des strengen Rechts (strictum ius) sei, haben wir oben (§ 94) zu bestimmen versucht, und bei den einzelnen Klagrechten, sowohl civilen als prätorischen, bemerkt, ob sie dem einen oder dem andern angehören, auch erwähnt, daß es vorzugsweise der Prätor war, der durch Aufstellung neuer Klagrechte und dann der Exceptionen dem fortschreitenden Rechtsbewußtsein der Nation entsprechend dem aequum Jus Anerkennung verschaffte. Die Bedingungen und das Ziel dieser verschiedenen Rechtsmittel bestimmte er ein für allemal in seinem Edict durch die dafür aufgestellten Formeln.

Den Prätoren als praktischen Männern konnte es aber von Anfang an nicht entgehen, daß bei der großen Mannichfaltigkeit der Lebensverhältnisse Fälle vorkamen, in denen das strenge, formelle Recht mit dem wirklichen in Conflict geräth, und die ihrer individuellen Natur wegen nicht vorhergesehen waren, ja kaum vorhergesehen und vorherbestimmt werden konnten. Solche Fälle gehörten daher ohne Zweifel zu den frühesten, wo die Prätoren, seitdem sie von dem Zwang der bindenden Legis Actiones befreit waren, schöpferisch in die Rechtsentwicklung eingriffen, d. h. nach der ganz eigenthümlichen ihnen zustehenden Macht, in der die gesetzgebende und richtende Gewalt in Eins verschmolzen war, im einzelnen Fall einen Ausspruch wider das strenge Recht, aber zu Gunsten des wirklichen Rechts thaten. Als die gleichen Fälle häufig wiederkehrten, kündigten sie dieß als allgemeine Maßregel an; so z. B. daß sie ein zwar formell gültiges, aber durch Zwang oder Betrug zu Stande gekommenes Rechtsgeschäft aufheben, die Unerfahrenheit des Minderjährigen

1) *Paul.* I. 7. 8. 9. *Cod. Gregor.* II. 1—4. *Dig.* 4, 1. *de in integrum restitutionibus.* 2—7. *Cod. Iust.* 2, 20—55. — Zimmern, Rechtsg. III. §§ 101—107. Puchta, Instit. §§ 177. 209. Savigny, System VII. §§ 315—343. Keller, Civilpr. §§ 79. 80. Rudorff, Rechtsg. II. § 58.

gegen Uebervortheilung schützen wollten u. s. w. Jedoch immer so, daß sie auch in diesen Fällen sich eine freie Berücksichtigung der Umstände vorbehalten und überhaupt ihre Hülfe nicht auf dieselben beschränken wollten, und daß die gewährte Hülfe, nicht wie sonst das richterliche Urtheil strenges, formelles Recht, sondern nur prätorisches, d. h. durch ihre Jurisdiction geschütztes Recht erzeugen sollte. Wenn ferner aller Rechtsschutz zum Zweck hat, dem Kläger wieder zu verschaffen, was er verloren hat, jeden Falls jetzt entbehrt, sei es thatsächlich, z. B. durch Restitution des Besitzes bei der Vindication, oder rechtlich, z. B. durch Zurückgabe des Eigenthums bei den Condictionen, so handelt es sich in den Fällen, von denen hier die Rede ist, stets um Aufhebung eines nach strengem Recht bestehenden Rechtszustandes und Herstellung des früheren, weil dieß das wirkliche Recht, das Aequum Jus, so verlangt [2]).

Dieß ist es, wofür der Prätor in seinem Edict ursprünglich verschiedene Ausdrücke, dann den allgemeinen in integrum restitutio gebrauchte [3]); und diese in integrum restitutio als ein Recht des Imperiums, welchem allein jene höhere, neues Recht schaffende Richtergewalt zukommt [4]), haben wir jetzt näher zu bestimmen. Das Detail der materiellen Rechtsgrundsätze freilich gehört in das System des Civilrechts [5]). Wir beschränken uns auf den Nachweis jener eigenthümlichen Stellung des Richters zu dem thatsächlichen Recht und der

2) S. oben § 57 Note 7.

3) So z. B. in dem Edict: QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT, RATUM NON HABEBO. *L. 2. pr. D. quod metus causa* (4, 2) und dann für Minderjährige: QUOD CUM MINORE VIGINTI QUINQUE ANNIS NATO GESTUM ESSE DICETUR, UTI QUAEQUE RES ERIT ANIMADVERTAM *L. 1. § 1. D. de min.* (4, 4); und wegen capitis deminutio: — IN EOS EASVE PERINDE QUASI ID FACTUM NON ESSET, IUDICIUM DABO. *L. 1. § 1. D. de capite min.* (4, 5). Erst in dem Edict wegen absentia *L. 1. § 1. D. ex quib. causis mai.* (4, 6) heißt es: SI CUIUS — ACTIONIS EORUM CUI DIES EXISSE DICETUR; — SIVE CUI ACTIO EXEMPTA ESSE DICETUR: EARUM RERUM ACTIONEM INTRA ANNUM, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT: ITEM SI QUA ALIA MIHI IUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, IN INTEGRUM RESTITUAM.

4) S. oben § 70 Note 25.

5) Vgl. Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Gött. 1831, und Savigny cit.

Form, wie er die Aequitas im Conflict mit dem strictum Jus zur Anerkennung bringt. Die römischen Juristen bezeichnen die in integrum restitutio wegen dieser in beiden Beziehungen von andern Rechtsmitteln, durch welche der Prätor, sei es im Gebrauch seines Imperiums oder seiner Jurisdictio Rechte schützt, abweichenden Natur als ein extraordinarium auxilium [6]).

Die allgemeinen Bedingungen derselben sind folgende.

I) Ein Interesse oder eine Läsion, wie es die Neueren nennen, ist der in integrum restitutio mit allen Actiones gemein [7]). Hier aber besteht dasselbe in einem Nachtheil [8]) nicht thatsächlicher, sondern rechtlicher Natur, der entweder durch ein juristisches Thun (gestum) oder durch Unterlassung eines solchen bewirkt ist [9]), und nach strengem Recht (ipso iure) gültig ist; denn sonst wäre ein Conflict mit der Billigkeit nicht denkbar und die außerordentliche Hülfe des Prätors kein Bedürfniß [10]). Ferner ist der Begriff der Läsion, also auch die in integrum restitutio beschränkt auf Vermögensverhältnisse, also dingliche Rechte, Obligationen und Erbrecht [11]), und auf den Prozeß, also die Nachtheile, die durch

6) *L. 16. pr. D. de min.* (4, 4). *Ulp.* — si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. *cf. L. 24. § 5. eod. Paul.* — nulla propria actio vel cautio. Es gehört aber nicht dem ius extraordinarium, sondern dem ius honorarium oder praetorium an. *L. 95. § 3. D. de solut.* (46, 3).

7) S. oben § 85 Note 10. 11.

8) Die römischen Juristen sprechen meist nur von interesse; in die Worte captus, circumscriptus, lapsus u. a. *L. 1. D. h. t. L. 11. §§ 3. 4. L. 44. D. de min.* (4, 4). *L. 9. § 4. D. de iureiur.* (12. 2) ist schon eine Beziehung auf die iusta causa mit eingeschlossen; ebenso in dem bei den Neueren gewöhnlichen Ausdruck Läsion, gleich Verletzung.

9) Daher sagt das Edict in *L. 1. D. quod metus causa* (4, 2). QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT, in *L. 1. § 4. D. de min.* (4, 4). QUOD CUM MINORE — GESTUM ERIT. *cf. L. 44. eod.* quod minores — gerunt. Aber auch in *L. 1. pr. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). SIVE CUIUS ACTIONIS DIES EXISSET, SI QUIS USU SUUM FECISSET *rel;* denn durch Klage wäre dieß verhindert worden.

10) *L. 16. pr. §§ 1. 3. D. de min.* (4, 4).

11) *Cod. Iust.* 2, 28. si adversus venditionem. 29. si adversus venditionem pignoris. 30. si adversus donationem. 32. si adversus transactionem. 33. si

Litis Contestatio und Res judicata [12]), oder vor dem Prozeß durch Verjährung des Klagrechts eintreten können [13]). Familienverhältnisse kommen um ihres absoluten Charakters willen nicht an sich, sondern nur in ihrem Einfluß auf das Vermögen in Betracht. Also nicht die Ehe selbst, deren Rescission durch den Richter einem Römer undenkbar, überdieß überflüssig wäre, da jedem Ehegatten die Scheidung freisteht; wohl aber die Dotalverhältnisse [14]). Eben so wenig braucht die geschiedene Ehe durch Restitution wieder hergestellt zu werden, da sie willkührlich erneuert werden kann; gegen die damit verknüpften Vermögensnachtheile aber findet deshalb keine Restitution statt, weil sie Strafen sind [15]). Rücksichtlich der väterlichen Gewalt kann gegen ihre Begründung durch Adrogation [16]) und gegen ein Urtheil, welches sie anerkennt [17]), restituirt werden, weil beides auch über das Vermögen des Kindes entscheidet. Auch das Recht der Person ist kein Gegenstand der Restitution; denn gegen die Freiheit als das ursprüngliche Menschenrecht soll nicht restituirt werden [18]), und eben so wenig für sie, wenn sie zur Strafe verloren worden [19]).

In Bezug auf Vermögensverhältnisse begründet nicht nur ein positiver Verlust (s. g. damnum emergens), sondern auch der entgangene Gewinn (s. g. lucrum cessans) die Restitu-

adversus solutionem. 34. si adversus dotem. 36. si adversus usucapionem. 38. si adversus creditorem. 39. si minor ab hereditate se abstineat. 40. si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem vel quid aliud acquirat.

12) S. § 117.

13) *L. 1. § 1. L. 21. pr. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6).

14) *L. 6. § 2. D. de iure dot.* (23, 3). *Pomp.* Si in dote danda alteruter circumventus sit *rel.* *L. 58. D. de ritu nupt.* (23, 2). *Marcian.* Si libertina senatorem deceperit quasi ingenua et ei nupta est *rel.*

15) *L. 9. § 5. D. de min.* (4, 4). Vgl. Note 29.

16) *L. 3. § 6. D. de min.* (4, 4). *L. 1. § 2. D. de SC. Maced.* (14, 6).

17) *L. 2. C. I. si advers. rem iud.* (2, 27).

18) *L. 9. § 6. L. 10. L. 11. pr. L. 48. § 1. D. de min.* (4, 4). *L. 7. pr. D. de dolo malo* (4, 3). *Cod. Iust.* 2, 32. *si adversus libertatem.*

19) *L. 9. § 4. D. de min.* (4, 4). Gegen ein der Freiheit ungünstiges Urtheil bedurfte es keiner Restitution wegen der secunda, tertia u. s. w. adsertio. S. oben § 97 Note 49.

tion[20]); letzterer jedoch nur, wenn er nicht mit dem Verlust eines Andern verbunden gewesen wäre, daher nicht gegen die versäumte Usucapion einer fremden Sache[21]) und gegen die Verjährung einer Pönalklage[22]). Verlust ist auch die Uebernahme einer lästigen Verpflichtung[23]) und die Verwicklung in einen Rechtsstreit[24]). Und wie frei der Prätor überhaupt diese Bedingung der Restitution beurtheilt, zeigt sich darin, daß der Nichterwerb eines zur Versteigerung gestellten Familiengutes, auch abgesehen von seinem Geldwerth[25]), immer aber nur ein beträchtliches Interesse[26]) die Restitution begründen soll.

II) Eine **iusta causa**, d. h. die thatsächliche Ursache der Läsion muß einen Billigkeitsgrund enthalten, ohne welchen der Prätor sich nicht veranlaßt sehen würde, gegen das strenge Recht einzuschreiten. Die Nothwendigkeit und Beschaffenheit dieses Restitutionsgrundes ist für die Natur des Rechtsmittels eben so bezeichnend, als für den Begriff der Aequitas überhaupt.

Die Restitution findet nicht statt, wenn ein reiner Unglücksfall eine sonst zu derselben berechtigte Person, z. B. einen

20) *L. 7. § 6. L. 44. D. de min.* (4, 4). *L. 27. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *L. 17. § 3. D. de usuris* (22, 1).

21) *L. 20. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6).

22) *L. 18. eod. L. 37. pr. D. de min.* (4, 4).

23) *L. 44. D. de min.* (4, 4). *Ulp.* — oneri, quod non recipere licuit, se obligaverunt.

24) *L. 6. D. eod. Ulp.* non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit eorum litibus et sumptibus non vexari.

25) *L. 35. D. de min.* (4, 4). *Hermog.* — si eius interesse emptam ab eo rem fuisse adprobetur; veluti quod maiorum eius fuisset: ita tamen ut id quod ex licitatione accessit, emptori offerat.

26) *L. 4. D. h. t. Callistr.* Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si maiori rei vel summae praeiudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat. Savigny cit. § 320 Note e sucht dieß auf den Minderjährigen und um seines Credits willen auf den allerdings in dieser Stelle vorausgesetzten Fall, daß dem Gegner daraus ein unverhältnißmäßig größerer Schaden entstehen würde, zu beschränken. Allein von der ersten Beschränkung weiß diese Stelle nichts, und von der zweiten eben so wenig. *L. 1. C. l. si advers. vend. pign.* (2, 29). *Diocl. et Max.* — si tamen magno detrimento afficiantur — enorme damnum ex huius modi venditione passos.

Minderjährigen betroffen hat; denn die minor aetas, die sonst für eine causa restitutionis gilt, ist hier nicht die Ursache des erlittenen Schadens, und aus bloßem Mitleid restituirt der Prätor Niemanden[27]). Aber eben so wenig den, der durch eigene Schuld sich einen Schaden zugezogen hat[28]), also niemals gegen die Folgen eines Delicts[29]). Der Billigkeitsgrund der Restitution ist also ein Rechtsgrund (iusta causa), wie wir ja überhaupt die Billigkeit als einen Rechtsbegriff, nicht als dem subjectiven Gefühl oder der Moral angehörig kennen gelernt haben. Dieses an den wichtigsten einzelnen Restitutionsgründen nachzuweisen, gehört zu unsrer Aufgabe[30]). Wir gehen sie in der Ordnung durch, in welcher sie das Edict aufführt, und die wahrscheinlich der Zeitfolge ihrer Aufstellung in demselben entspricht[31]).

1. Metus[32]). Ein erzwungenes Rechtsgeschäft, d. h. wo die Einwilligung des einen Theils durch Anwendung von Gewalt (vis) oder Drohung eines unverhältnißmäßig großen Uebels (metus) von Seiten irgend eines Andern herbeigeführt worden, ist an sich (ipso iure) gültig; denn wenn das Recht die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte überhaupt von legalen Motiven der Contrahenten abhängig machte, so wäre alle Sicherheit des Verkehrs aufgehoben. Aber die Gewalt oder Drohung ist eine Verletzung des Urrechts der Person, des Rechts freier Willensbestimmung, also ein gerechter Grund, dem also entstandenen Rechtsgeschäft die gerichtliche Anerkennung

27) *L. 11. §§ 4. 5. D. de min.* (4, 4). *L. 1. C. I. qui et adversus quos* (2, 42). *L. 44. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6).

28) *L. 15. § 3. L. 16. L. 26. § 6. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6).

29) *L. 9. §§ 2—5. L. 37. § 1. D. de min.* (4, 4). Bei den Minderjährigen schließt nur Dolus die Restitution unbedingt aus, s. Note 52. Nachlässigkeit wird als Folge jugendlichen Leichtsinns (facilitas) entschuldigt.

30) Ulpian zählt sie auf in *L. 1. D. h. t.* metu, calliditate, aetate, absentia, und Paulus in *L. 2. eod.* fügt hinzu: per status mutationem, iustum errorem. *cf. Paul.* I. 7. § 2.

31) So auch Savigny cit. S. 134. Andere anders.

32) *Dig.* 4, 2. *quod metus causa. Cod. Iust.* 2, 20. *de his quae vi metusve causa gesta sunt.*

zu versagen. Mochte auch die gesetzliche Legis Actio selbst aus der erzwungenen Mancipation, Stipulation u. s. w. verlangt werden können: seitdem der Prätor die Actio zu gewähren hatte, versagte er sie gewiß in einem solchen Fall und sprach es dann allgemein in seinem Edict als Grundsatz seiner Jurisdiction aus: QUOD VI METUSVE CAUSA GESTUM ERIT, RATUM NON HABEBO [33]). Die freie Beurtheilung im einzelnen Fall behielt er sich dennoch vor; denn nicht jede Nöthigung, die dem Willen eines Contrahenten angethan worden, sondern nur atrox vis und Drohungen, die auch einen tapfern Mann bewegen und sofort sich verwirklichen können, erkannte er als Restitutionsgrund an, was im Allgemeinen zu definiren unmöglich war [34]). Erst viel später, nehmlich gegen Ende des siebenten Jahrhunderts der Stadt, stellte der Prätor Cn. Octavius für denselben Fall auch eine ordentliche Schadensklage und eine entsprechende Exceptio auf [35]). Nachdem die Rechtsgrundsätze durch die Jurisdictio des Prätors und die Jurisprudenz festgestellt waren, konnte die Entscheidung auch einem Geschwornen (arbiter) überlassen werden; zumal der Prätor immer noch freie Hand hatte, im einzelnen Fall die Klage oder Exceptio zu gewähren oder zu versagen [36]). Der Verletzte hatte jetzt die Wahl, ob er sich des einen oder des

33) *L. 1. pr. D. h. t. Ulp.* Die Worte verrathen das Alterthum des Edicts, s. Note 3, und wurden später durch Weglassung von VIS vereinfacht, quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.

34) *Paul.* I. 7. §§ 7—9. *LL.* 2—*9. pr. D. h. t.* *L. 6. cit. Gai.* Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus. *L. 9. pr. cit. Ulp.* Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius *rel.*

35) Vgl. oben § 94 Note 4.

36) In dem Fall der *L. 9. § 3. D. h. t.*, wo eine Stadtgemeinde oder ihre Vorstände sich eine Gewaltsamkeit erlaubt hatten, wurde die Frage, ob vom Prätor die in integrum restitutio erbeten werden könne, durch ein kaiserliches Rescript entschieden, und der Prätor erließ auf den Rath des Ulpian, seines Beisitzers, ein Interlocut: er sei bereit, dem Vergewaltigten sowohl die Actio als die Exceptio zu gewähren. Näher specificirt wurde die Gewalt oder Drohung in der Demonstratio der Formula nicht. Vgl. Keller, Civilpr. Note 920. Rudorff, Rechtsg. II S. 126. 170.

andern Rechtsmittels bedienen wollte [37]), und allerdings hatte jedes seine eigenthümlichen Vortheile [38]).

2. **Dolus** [39]). Die Restitution wegen **Betrug** ist wohl eben so alt, als die wegen Gewalt [40]), und nachdem auch ihre Grundsätze ausgebildet und bewährt waren [41]), setzte der berühmte Jurist C. Aquilius Gallus als Prätor im J. 688 d. St. ihr eine ordentliche Actio und Exceptio an die Seite [42]). Weil die actio doli infamirte, verhieß sie der Prätor nur in Ermanglung irgend einer andern Actio [43]), und selbst das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution sollte deshalb ein wohldenkender Magistrat im Zweifel vorziehen [44]).

3. **Minor aetas** [45]). Die älteste römische Sitte hatte die vollständige Handlungsfähigkeit für das männliche Geschlecht sehr früh angesetzt, nehmlich von erreichter Pubertät oder dem vollendeten vierzehnten Jahre abhängig gemacht. Das Bedürfniß, die Unerfahrenheit und den Leichtsinn des Adultus gegen den Mißbrauch, den Andere davon machen konnten, zu schützen, wurde noch in der letzten Zeit der Legis Actiones durch die Lex Plätoria befriedigt [46]), welche wegen circumscriptio adolescentium, d. h. Uebervortheilung der Jünglinge unter fünf und zwanzig Jahren (legitima aetas) jedem Bürger

37) *L. 9. §§ 4. 6. L. 21. § 6. D. h. t.*

38) Näheres bei Savigny cit. § 330.

39) *Paul.* I. 8. *Dig.* 4, 3. *Cod. Iust.* 2, 21. *de dolo malo.*

40) Die hierauf bezügliche Edictsstelle ist nicht erhalten; denn die verba edicti in *L. 1. § 1. D. h. t.* gehen nur auf die actio doli.

41) Servius Sulpicius war nicht der erste Jurist, der zu bestimmen versuchte, was der Prätor unter dolus malus verstehe. S. *L. 1. § 2. D. h. t.* C. Aquilius Gallus selbst legte sein Edict aus. S. *Cic. cit.* folg. Note.

42) *Cic. de off.* III. 14. *de natura deor.* III. 30. Die Exceptio auch Q. Mucius Scävola als Proconsul Asiä. S. § 99 Note 53.

43) Edict in *L. 1. § 1. cit.* SI ALIA ACTIO NON SIT.

44) *L. 7. § 1. D. de in integr. rest.* (4, 1) *Marcell.* — boni Praetoris est, potius restituere. Labeo in *L. 1. § 6. D. h. t. cf. L. 7. pr. eod.* Genaueres über das Verhältniß beider Rechtsmittel zu einander, welches in den Quellen Schwierigkeiten hat, s. bei Savigny cit. § 332.

45) *Paul.* I. 9. *Dig.* 4, 4. *de minoribus viginti quinque annis. Cod. Iust.* 2, 22.

46) S. Rudorff, Rechtsg. I. § 40.

eine infamirende Klage gegen den, der sich dieses Unrechts schuldig gemacht, auf Buße gab und für den übervortheilten Minderjährigen eine Einrede gegen die Klage aus dem Rechtsgeschäft begründete 47). Als der Prätor durch Abschaffung der Legis Actiones freie Hand bekam, schaffte er dem Minderjährigen (minor XXV annis) noch einfachere und vollständigere Hülfe durch Verheißung einer in integrum restitutio in seinem Edict, in welchem er sich ausdrücklich die freieste Beurtheilung des einzelnen Falls vorbehielt 48). Ja er nahm dabei auch das allgemeine Interesse der ganzen Classe wahr, d. h. er ertheilte die Restitution nicht in allen Fällen, wo der Minderjährige übervortheilt war; denn sonst hätte Jeder sich gescheut, mit einem solchen Geschäfte zu machen, sie wären so gut wie creditlos geworden 49). Auch hier aber war es ein Rechtsprincip, welches der Prätor zur Anwendung brachte; denn während im Allgemeinen im Handel und Wandel Betrug zwar verpönt, die Uebervortheilung eines Andern aber (circumscriptio) nicht für widerrechtlich gelten konnte 50), so war sie allerdings hier als Mißbrauch des Leichtsinns und der Unerfahrenheit des Minderjährigen ein entschiedenes Unrecht 51). Das entsprechende Recht dieses Letzteren aber geht ihm aus gleichem Grunde verloren, wenn er sich für großjährig ausgab, also seinen Contrahenten betrog 52). Auch wenn der Minderjährige ohne Zuthun eines Dritten, durch die eigene Unbeson-

47) S. oben § 30 Note 25 und § 38 Note 6.

48) *L. 1. § 1. cit.* Note 3. UTI QUAEQUE RES ERIT ANIMADVERTAM. Daher *L. 11. § 3. eod. Ulp.* non passim, sed causa cognita. Einzelnes s. bei Savigny cit. § 323.

49) *L. 24. § 1. D. h. t. Paul.* — ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio eis interdicetur.

50) *L. 16. § 4. D. h. t.* Im Hinblick auf die Restitution der Minderjährigen: naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.

51) *L. 1. pr. D. h. t. Ulp.* Nam cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis Praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem.

52) *L. 2. L. 3. C. I. si minor se maiorem dix.* (2, 43).

nenheit verführt, sich einen Nachtheil zugezogen, restituirte ihn der Prätor gleichsam gegen das unbillige Gesetz, das ihn allgemein für handlungsfähig erklärte[53]). — Später wurde durch Einführung der cura minorum diesen eine durchgreifende Hülfe in der Verwaltung ihres Vermögens beschafft; die in integrum restitutio ihnen aber deshalb nicht entzogen, sondern selbst in dem Fall gewährt, wenn sie durch eine Pflichtwidrigkeit ihres Curators Schaden gelitten hatten, weil ihre Minderjährigkeit wenigstens die mittelbare Ursache desselben ist. Aus demselben Grunde nun auch Pupillen wegen der Handlungen ihres Tutors, und zwar in beiderlei Fällen, ohne daß sie zuvor den Vormund auszuklagen brauchen[54]). Dieß aber blieb auch die äußerste Grenze; wenn der Vater des Minderjährigen ein nachtheiliges Geschäft geschlossen und er als Erbe in dasselbe eingetreten, so wird die Restitution versagt, weil seine Minderjährigkeit nicht die Ursache des Schadens ist[55]). Auf demselben Princip beruht die Ausdehnung der Restitution auf Stadtgemeinden gegen die Handlungen ihrer Vorstände[56]).

4. Capitis deminutio[57]). Dieser Fall ist von allen übrigen, ja von dem Princip der in integrum restitutio abweichend und nur in der Form damit verwandt. Durch die capitis deminutio minima[58]), z. B. durch Adrogation,

53) *L. 44. D. h. t. Ulp.* — si ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti. *L. 7. §§ 5. 7. eod.* — sine dolo cuiusquam. *L. 1. D. de in integr. rest.* (4, 1). — Praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit.

54) *L. 1. D. de in integr. rest.* (4, 1). *L. 29. pr. § 1. L. 38. pr. L. 47. pr. D. h. t. L. 2. L. 3. L. 5. C. I. si tutor vel cur.* (8, 25). *L. 4. L. 5. C. I. si adversus rem iud.* (2, 29). Selbst gegen eine durch Decret des Prätors angeordnete Veräußerung. *L. 11. C. I. de praediis et al. reb.* (5, 71).

55) *L. 38. pr. cit.*, welche dieß indeß beschränkt, insofern der Schaden für den Minor durch seinen Vormund noch abgewandt werden konnte. Ueber die Fälle der noch fortdauernden Potestas s. Savigny cit. S. 153 folg.

56) *L. 4. C. I. quib. ex causis* (2, 54). *L. 29. D. de appell.* (49, 1). *L. 1. C. I. de off. eius cui vicem* (1, 50). *L. 3. C. I. de iure publ.* (11, 29).

57) *Dig.* 4, 5. *de capite minutis.* Besonders *L. 2. §§ 1. 5. Paul.* I. 7. § 2. *Gai.* IV. § 38. III. § 84.

58) Ueber die maxima und media s. *L. 2. pr. D. h. t.* und Keller cit. Note 932.

gehen alle Schulden des Adrogirten unter. Da nach ältestem Recht dieser Eintritt in eine neue Familie und Gens nur durch einen Volksschluß und unter Billigung der Pontifices möglich war, so wurde dabei gewiß das Interesse der Gläubiger gewahrt. Als dann dreißig Lictoren das Volk vertraten, auch eine willkührliche Behandlung der Familienverhältnisse durch Emancipation, Datio in Adoptionem, in Manum Conventio, u. s. w. aufkam, mag zunächst die gute alte Sitte möglichen Mißbrauch verhütet haben. Als sie schwand, fand es der Prätor nöthig, in der Form einer in integrum restitutio, die er aber ohne causae cognitio und für alle solche Fälle in seinem Edict verhieß, das Recht der Gläubiger zu sichern und ihnen actiones ficticiae oder utiles zu geben, also in der That jenen alten Rechtsgrundsatz selbst practisch aufzuheben [59]).

5. Absentia [60]). Dieser Restitutionsgrund steht nach den Worten des Edicts, die ihn enthalten [61]), in nächster Beziehung auf die gesammte Jurisdiction des Prätors. Nach dem allgemeinen, aller Verjährung zum Grund liegenden Princip, daß dem Rechtsstreit durch Legalisirung der factischen Zustände nach Ablauf einer bestimmten Zeit ein Ziel gesetzt wird, sollte schon nach dem alten Civilrecht jede dingliche Klage durch Usucapion oder Nonusus binnen ein oder zwei Jahren ipso iure ausgeschlossen sein. Der Prätor gab aus demselben Grunde die meisten der von ihm neu eingeführten Klagen nur intra annum, nachher eine annua exceptio oder praescriptio gegen dieselben [62]). Dieß war zwar ein annus utilis, d. h. nur die Tage wurden in denselben eingerechnet, wo Gericht gehalten,

59) Vgl. Savigny cit. § 233 S. 211. Keller cit. Rudorff cit. S. 200.

60) *Dig.* 4, 6. *ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur. Cod. Iust.* 2, 54. *quibus ex causis maiores in integrum restituuntur.* Ueber diese Bezeichnung des Falls s. Savigny cit. S. 163. Für absentia, welche als der Hauptfall die anderen repräsentirt, s. *L. 1. D. de in integr. rest.* (4, 1) und *Paul.* I. 7. § 2. in Note 30.

61) Den berichtigten Text derselben s. bei Savigny cit. S. 165 folg.

62) S. oben § 97 Note 101.

dem Kläger also die Anstellung der Klage im Allgemeinen möglich war [63]). Indeß gab es mancherlei andere, in der Person des Klägers oder des Beklagten oder des Magistrats liegende Gründe, welche die Klage in jenen verhältnißmäßig kurzen Fristen dennoch unmöglich machen konnten, also ihren Verlust zur Folge haben mußten. Dieß war nicht die Absicht bei Aufstellung jener Verjährungsfristen; eben so unmöglich aber war es, einen Begriff derselben aufzustellen, der solche Fälle unvermeidlichen Verlustes nicht in sich geschlossen hätte. Also auch hier lag ein Conflict der strengen Rechtsregel (strictum ius) und der durch das wirkliche Recht (aequum ius) geforderten, nur nicht schlechthin definirbaren Ausnahmen vor [64]) Wie natürlich, daß der Prätor, von dem in allen diesen Fällen eine Actio begehrt wurde, gegen deren Verlust in integrum restituirte, endlich diese Fälle auch in seinem Edict aufzuzählen versuchte, sich aber ausdrücklich in andern ähnlichen Fällen dieselbe Hülfe zu gewähren vorbehielt.

Dieß ist der Sinn der uns erhaltenen Edictstelle. Sie bezeichnet die Läsion ausdrücklich als einen Vermögensverlust durch Usucapion und Nonusus [65]) oder durch Verjährung einer Klage [66]); die Hinderungsgründe ihrer Anstellung aber als solche, die sich theils in der Person des Klägers ereignen, als Abwesenheit von Hause und vom Gerichtsort aus Furcht (metus), oder in Staatsgeschäften (rei publicae causa), Festhaltung desselben im Gefängniß (inve vinculis), in Sklaverei (servitute) oder in Feindesgewalt (in hostium pote-

63) Vgl. oben § 80 Note 51.

64) Ulpians Erläuterung dieser iusta causa in *L. 1. pr. D. h. t.* ist theils zu eng, theils zu weit.

65) *L. 1. § 1. D. h. t.* Verba autem edicti talia sunt: SI CUIUS QUID DE BONIS DEMINUTUM ERIT; diese in ihrer Allgemeinheit vieldeutigen Worte, werden näher bestimmt in Bezug auf die Abwesenheit in der Person des Beklagten: SI QUIDQUID USU SUUM FECISSE, AUT QUOD NON UTENDO SIT AMISSUM CONSECUTUS ESSE — DICETUR.

66) *L. 1. § 1. cit.* In der ersten Hälfte: SIVE CUIUS ACTIONIS EORUM CUI DIES EXISSE DICETUR. In der zweiten: ACTIONEVE QUA SOLUTUS OB ID, QUOD DIES EXIERIT.

state), — theils in der Person des Beklagten, wenn dieser aus irgend einem Grunde abwesend und nicht vertreten (absens non defensus) oder im Gefängniß (in vinculis) oder durch seine Würde gegen die in Jus Vocatio geschützt und nicht vertreten ist (cum eum invitum in ius vocare non liceret neque defenderetur); — theils endlich in der Person des Prätors, dem von einem andern Magistrat intercedirt worden (cumve magistratus de ea re appellatus esset), oder der selbst die Klage dem Kläger ohne dessen Schuld innerhalb der Verjährungsfrist versagt hat (sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur)[67]. Am Schluß des Edicts aber bemerkt er, daß er auch in andern ähnlichen Fällen der Verhinderung der Klage und ihres dadurch bewirkten Unterganges sie in Integrum restituiren wolle[68].

6. Alienatio iudicii mutandi causa facta[69]. Auch dieser Restitutionsgrund bezieht sich auf die Anstellung einer andern, dinglichen Klage, nehmlich auf den Fall, da sie durch Veräußerung der Sache an einen Dritten dem Kläger erschwert wird. Der Beklagte hat sich hierbei zwar seines strengen Rechts bedient, aber weil dolo malo und um den Kläger zu benachtheiligen, so verhieß der Prätor diesem eine in integrum restitutio und eine in factum actio, die indeß beide durch Zulassung der in rem actio gegen den fictus possessor entbehrlich wurden[70].

67) S. die nähere Erläuterung dieser Fälle bei Savigny cit. § 326, der jedoch nicht bloß die in der clausula generalis enthaltenen Fälle dieses Edicts, sondern auch andre, wo der Prätor vermöge seines stillschweigenden Vorbehalts restituirte, mit herein zieht.

68) *L. 1. pr. cit.* EARUM RERUM ACTIONEM —, ITEM SI QUA ALIA MIHI IUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, IN INTEGRUM RESTITUAM. Daß diese s. g. clausula generalis nur auf andre Fälle der Klageverhinderung geht, bezeugen die römischen Juristen ausdrücklich in *L. 26. §§ 1. 9. L. 33. pr. D. h. t.* Den Grund giebt Ulpian in § 9. dahin an: multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt.

69) *Dig.* 4, 7. *Cod. Iust.* 2, 55. *de alienatione iudicii mutandi causa facta.*

70) Vgl. Savigny cit. S. 212. Keller cit. S. 334. Rudorff cit. S. 199 folg.

Zahlreiche Stellen der Juristen bezeugen, daß die Restitution auf diese im Edict aufgeführten Gründe nicht beschränkt, sondern auch in andern, darauf nicht zurückzuführenden Fällen vom Prätor ertheilt wurde [71]). Daß sie auch nicht aus jener so eben erwähnten Clausula generalis abzuleiten sind, wie Neuere geglaubt, steht fest [72]). Um so bezeichnender für die Natur der Restitution und die ganz eigenthümliche Weise, wie die höheren Gerichtsobrigkeiten durch sie in das Recht eingriffen, ist es, daß sie dieß auch ohne vorherige Ankündigung thaten. Auch in der Kaiserzeit und nach dem Abschluß des Edicts hat sich darin nichts geändert, wie die erhaltenen Schriftstücke der spätesten Classiker beweisen. Nur der Zusatz des prätorischen Edicts wegen Klageverhinderung, daß nicht gegen ausdrückliche Bestimmungen der Leges, Senatusconsulte, Edicte und Decrete der Kaiser restituirt werden solle [73]), scheint dieser Zeit anzugehören und die überhaupt geminderte prätorische Machtvollkommenheit anzudeuten; denn unter der Republik waren auch die alten Leges keine Schranke derselben. Neuere Schriftsteller haben diese schrankenlose Willkühr bedenklich gefunden. Allein einmal ist „Willkühr" für das freie Arbitrium, welches der Prätor hier übte, nicht der rechte Ausdruck; und sodann wird eine ähnliche Ergänzung und Berichtigung des strengen Rechts stets unentbehrlich bleiben, wenn man nicht eine Codificirung aller denkbaren Fälle für möglich oder annähernd für räthlich hält [74]).

Eine allgemeine heilsame Einschränkung dieses allerdings

71) Dahin gehören namentlich die Fälle des Irrthums, der nicht Betrug ist, einen ausgenommen, dem eine eigene Stelle des Edicts gewidmet war *Dig.* 27, 6. *quod falso tutore gestum esse dicatur*, und andere. Vgl. Savigny cit. § 331, auch mehrere von ihm S. 172 folg. genannte.

72) S. Note 67 und Savigny cit. S. 166 folg.

73) *L. 1. pr. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6).

74) Vgl. Savigny cit. S. 175 „mit der willkührlichen Natur dieses ganzen Rechtsinstituts". S. 109 folg wird zwar nur von der „freien Macht des richterlichen Amtes" und der „Gefahr der Willkühr" gesprochen, aber eine Beschränkung derselben durch die ausgebildete Jurisprudenz der Kaiserzeit, wodurch sie „die Natur eines gewöhnlichen Rechtsmittels" angenommen habe, behauptet. S. dagegen Puchta cit. S. 423.

nicht ungefährlichen Rechtsmittels hatte der Prätor selbst dadurch aufgestellt, daß es innerhalb eines annus utilis vom Wegfall der iusta causa an bei ihm nachgesucht werden muß [75]).

In der Hinsicht steht die Restitution den ordentlichen Mitteln gerichtlicher Rechtsverfolgung, Actio, Exceptio u. s. w. gleich, daß sie zwei Partheien, einen Kläger und einen Beklagten, oder einen Berechtigten und einen Verpflichteten voraussetzt. Berechtigt ist zunächst, der die Läsion erlitten hat und die iusta causa für sich anführen kann; derjenige der lädirt hat, kann sie nicht verlangen [76]). Wird sie aber von jenem beantragt, so muß der frühere Rechtszustand nach beiden Seiten hin aufgehoben werden; denn Gegenseitigkeit ist dem wahren Rechte, welches hier verwirklicht werden soll, wesentlich [77]). Der Beklagte, d. h. derjenige, gegen welchen die Restitution gesucht wird, muß auch zur Geltendmachung seines Interesses gerichtlich vorgeladen werden [78]). Das Recht auf Restitution geht auf den Erben über; übrigens aber hängt die active und passive Beziehung derselben auf Dritte von Rechtsgrundsätzen ab, die im System zu erörtern sind [79]). Prozessualische Vertretung ist von beiden Seiten nach den allgemeinen Grundsätzen möglich [80]).

Das Verfahren ist, weil Bedingungen und Erfolg nicht durch Formeln einer Actio oder Exceptio bestimmt sind und

75) *Cod. Iust.* 2, 53. *de temporibus in integrum restitutionis tam minorum et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam heredum eorum. L. 19. L. 39. pr. D. de min.* (4, 4). *L. 1. pr. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). Nur die Restitution wegen capitis deminutio ist auch in dieser Beziehung ausgenommen. *L. 2. § 5. D. de capite minutis* (4, 5).

76) *L. 41. D. de min.* (4, 4).

77) *L. un. C. I. de reput. quae fiunt in iud. in integr. rest.* (2, 48). Der Minor wird indeß auch hierbei mit Rücksicht auf sein Alter milder behandelt. *L. 24. § 4. L. 27. § 1. L. 47. § 1. D. de min.* (4, 4). *L. 62. D. de iure dot.* (23, 3). *L. 32. § 4. D. de adm. tut.* (26, 7).

78) *L. 18. pr. D. de min.* (4, 4). *L. 2. C. I. si advers. dotem* (2, 34). Bei der Restitution gegen den Antritt einer Erbschaft sämmtliche Erschaftsgläubiger *L. 29. § 2. D. de min.* (4, 4).

79) Für den Erben s. *L. 6. D. h. t. L. 18. § 5. D. de min.* (4, 4). Uebrigens Savigny cit. §§ 335. 336. 343.

80) *L. un. C. etiam per procuratorem* (2, 49). *L. 25. § 1. L. 26. pr. § 1. D. de min.* (4, 4).

die ganz freie Beurtheilung einem Geschwornen nicht überlassen werden kann, sondern nur dem Prätor zusteht, das der praetoria cognitio[81]), welches später (§ 122) im Allgemeinen beschrieben werden soll. Gegenstand der Cognition sind die zwei Bedingungen der Restitution, die iusta causa[82]) und die Läsion[83]), natürlich auch die Causalverbindung beider[84]).

Das Resultat der Verhandlung, der Beweis und die von dem Prätor gewonnene Ueberzeugung endlich faßt er in einem förmlichen Urtheil (sententia, decretum) zusammen, dessen Inhalt indeß nicht bloß nach dem verschiedenen Gegenstand der Restitution verschieden sein muß, sondern auch einen verschiedenen Umfang und Erfolg haben kann. Gilt es, dem Lädirten ein nicht erworbenes oder verlorenes Recht wieder zu verschaffen, so bringt der Prätor entweder die Restitution durch sein Urtheil und dessen Vollstreckung selbst vollkommen zu Stande, z. B. befiehlt dem Käufer, der den Minderjährigen übervortheilt hat, die

81) *L. 24. § 5. D. de min.* (4, 8). *Paul.* Ex hoc edicto nulla propria actio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex Praetoris cognitione. *L. 9. § 4. D. de iureiur.* (12, 2). *Ulp.* — Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum Praetorem debere cognoscere, an captus sit et sic in integrum restituere. Für praetoria cognitio s. *L. 13. § 1. D. de min.* (4, 4). *L. 39. pr. D. de evict.* (21, 2); für causa cognita *L. 3. D. de in integr. rest.* (4, 1). *Modestin.* Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur *rel.* *L. 11. § 3. D. de min.* (4, 4). *Ulp.* — non passim, sed causa cognita. *L. 14. D. eod.* *Paul.* I. 7. § 3. Wie Rudorff cit. Note 2 beides unterscheidet, ist mir nicht klar.

82) *L. 3. D. cit.* Note 79. — scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit, z. B. minor aetas *L. 39. pr. D. de min.* (4, 4). — dicta pro aetate sententia.

83) *L. 39. pr. cit.* cetera cognitionis. *L. 7. § 3. eod.* si minor sit et se circumventum doceat. *L. 35. eod.* — si eius interesse emptam ab eo rem fuisse adprobetur. *L. 9. § 4. D. cit.* Note 79. cognoscere, an captus sit. *L. 5. pr. C. l. de in integr. rest. min.* (2, 22). — in quibus se captos probare possunt. *L. 1. C. l. si advers. vend.* (2, 29). — si — enorme damnum ex huiusmodi venditione passos vos ostenderitis.

84) *L. 44. D. de min.* (4, 4). *Ulp.* — quae causa cognita eiusmodi deprehensa sunt, ut, si ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt amiserunt *rel.*

ihm bereits tradirte Sache gegen Erstattung des gezahlten Kaufpreises diesem zurückzugeben[85]), oder aber er spricht nur im Allgemeinen die Restitution, d. h. die Herstellung des dem Kläger entgangenen Rechts aus und giebt ihm zu dessen Verfolgung eine darauf gegründete utilis oder ficticia actio, durch welche er den dafür bestellten Geschwornen anweist, den Beklagten grade so zu condemniren, als wenn jenes Recht dem Kläger ipso iure zustände[86]). Diese Klage wird dann rescissoria[87]) oder restitutoria actio, das Judicium ein restitutorium iudicium genannt[88]). So in Bezug auf Eigenthum und andere dingliche Rechte[89]) und auf Forderungen, die durch Zahlung, Acceptilation oder sonst zerstört sind[90]). Für den Fall der Verjährung dinglicher Rechte oder persönlicher Klagen hatte der Prätor diese Form der Restitution im Edict selbst ausschließlich verheißen[91]); erst durch das Jus extraordinarium wurde er auch zur Beschreitung jenes andern Weges ermäch-

85) *L. 41. D. de min.* (4, 4). *Iulian.* Si iudex circumvento in venditione adolescenti iussit fundum restitui, eumque pretium emptori reddere. *cf. L. 24. §§ 3. 4. eod. Paul.* — si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubeat Praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere.

86) Für die doppelte Möglichkeit s. *L. 13. § 1. D. de min.* (4, 4). *Ulp.* vel cognitione Praetoria, vel rescissa alienatione dato in rem iudicio. *L. 9. § 3. D. quod metus causa* (4, 2). *Idem.* — posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare. — *§ 4.* Volenti autem datur et in rem actio et in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione.

87) *L. 28. §§ 5. 6. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *L. 24. C. l. de rei vind.* (3, 32). *L. 18. C. l. de postlim.* (8, 51).

88) *L. 3. § 1. D. de eo per quem* (2, 10). *L. 46. § 3. D. de procur.* (3, 3). *L. 7. § 3. D. quod falso* (26, 5). *L. 21. § 4. D. quod metus causa* (4, 2) nennt sie praetoria actio.

89) *L. 13. § 1. cit. L. 9. § 3. cit.* Note 86. *L. 28. §§ 5. 6. cit. L. 24. C. l. cit.* Note 87. *L. 45. pr. D. de min.* (4, 4). *L. 21. § 2. D. de evict.* (21, 2). *L. 3. C. l. de his quae vi* (2, 20). Daß die restituirte in rem actio nicht als solche in *L. 35. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). *L. 57. D. mandati* (17, 1) Publiciana genannt werde, bemerkt Savigny cit. S. 188. Vgl. auch *§§ 4. 5. I. de act.* (4, 6).

90) *L. 9. § 4. cit.* Note 86. *L. 7. § 2. L. 27. § 2. D. de min.* (4, 4). *L. 43. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *L. un. § 1. C. l. de reput.* (2, 48).

91) S. die Edictsworte in Note 68.

tigt [92]). Ebenso kann der Prätor, wenn die Läsion in einer contrahirten Schuld besteht, entweder in Folge seiner Cognition die Klage daraus ohne Weiteres versagen, oder ihr auf Grund der ertheilten Restitution eine Exceptio einrücken, welche den Judex bindet [93]). Beruht die Läsion auf dem Antritt oder der Ausschlagung einer Erbschaft, so muß um deren universeller Natur willen allemal die Restitution dagegen in der Art ertheilt werden, daß das Eine oder Andere als nicht geschehen betrachtet wird und dann utiles actiones für den und gegen den gegeben werden, der für den Erben gilt. Dem eigentlichen Erben, der nicht mehr dafür gelten soll, werden natürlich die actiones directae versagt [94]). Ueberall hat der Geschworne nach Vorschrift der utilis actio oder der eingerückten exceptio nicht über die Bedingungen der Restitution, sondern nur über alle andern Punkte zu erkennen; denn über jene ist durch das Decret des Prätors entschieden. Deshalb kann auch die actio rescissoria wie die Restitution, die sie vorbereitet, nur intra annum erbeten werden [95]); ist aber die Restitution ertheilt, so ist sie eine actio perpetua [96]).

---

92) *L. 2. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). *Callistr.* Hoc edictum, quod ad eos pertinet, qui eo continentur, minus frequentatur: huiusmodi enim personis extra ordinem ius dicitur ex senatusconsultis et principalibus constitutionibus. Nehmlich nicht durch eine actio restitutoria, sondern durch praetoria cognitio.

93) *L. 27. § 1. D. de min.* (4, 4). *L. 28. § 5. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). Auch eine replicatio, wenn die Verpflichtung nach strengem Recht eine exceptio begründet. *L. 9. § 2. D. de iureiur.* (12, 2). *L. 2. C. l. si advers. transact.* (2, 32).

94) *L. 21. § 5. 6. D. quod metus causa* (4, 2). *L. 7. §§ 5. 10. D. de min.* (4, 4). *L. 2. § 3. D. de vulg. et pup.* (28, 6). *L. 30. § 11. D. de fid. lib.* (40, 5).

95) *§ 3. I. de act.* (4, 6). *L. 35. pr. D. de obl. et act.* (44, 7). *L. 5. C. l. de integr. rest. mil.* (2, 51). *L. 18. C. l. de postlim.* (8, 51). Doch kann gerade diese Bedingung der Restitution, weil rein factischer Natur, auch durch eine der utilis actio eingerückte Exceptio zur Entscheidung des Judex gestellt werden. *L. 5. C. l. quib. ex caus. mai.* (2, 54).

96) *L. 31. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6).

G. Praetoria cognitio [1]).

§ 122. Cognitio Praetoris oder Praesidis provinciae u. s. w. bezeichnet den Fall, da die Gerichtsobrigkeit über die thatsächlichen Bedingungen einer Rechtssache (causa) [2]) in förmlicher Gerichtssitzung vor sich (pro tribunali) [3]) die Partheien verhandeln läßt [4]) und nach gewonnener Ueberzeugung selbst das Urtheil spricht (decretum, sententia) [5]). Den Gegensatz bildet, — einerseits was die Gerichtsobrigkeit auf einseitigen Antrag (postulatio simplex) zwar durch ein Decret, aber ex edicto [6]), oder durch ein bloßes Interlocut [7]),

1) *Callistratus de cognitionibus libri* VI. *Paulus de cognitionibus liber singularis. Dig.* 50, 13. *de extraordinariis cognitionibus.* — Zimmern, Rechtsg. III. §§ 88. 142. Puchta, Instit. § 176. Keller, Civilpr. § 81. Rudorff, Rechtsg. II. §§ 59. 60. Von dem umfangreichen Buch: Wieding, der justinianische Libellprozeß, Wien 1865, das mehrfach das Cognitionsverfahren dieser Periode berührt, habe ich nur wenig Gebrauch machen können, weil es die Zeiten von Cicero, ja von Plautus (S. 387) bis auf Justinian und die Dinge, z. B. was alles Denuntiatio und Libellus heißen kann, unkritisch vermischt.

2) Daher causae cognitio und causa cognita. *Val. Probus* § 5, 12.

3) *L. 2. § 1. D. quis ordo* (38, 15). *Ulp.* — Quid si ea (*sc. bonorum possessio*), quae causae cognitionem pro tribunali desiderat *rel.* § 2. In bonorum possessione, quae pro tribunali datur, illud quaeritur si se dedit quidem Praetor pro tribunali, — cum Praeses — cognitionibus fuerit occupatus. *L. 2. D. de re iud.* (42, 1). *Ulp.* Qui pro tribunali cognoscit, — si alimenta constituantur vel minori viginti quinque annis subvenitur. Vgl. § 80 Note 37.

4) *L. 47. pr. D. de re iud.* (42, 1). *Paul. lib. 5. sententiarum.* De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet. *cf. Paul.* V. 5[a]. §§ 6. 7. unten Note 99. Vgl. ferner Note 16. 29. 30. 31. 74. 76. 77 u. s. w. Daher cognitionaliter *L. 3. C. I. de quaestionib.* (9, 41). Imp. Antoninus Aug. Cum cognitionaliter audisset dixit *rel.* und später Justinian, z. B. *L. 12. pr. C. I. de legib.* (1, 24). Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, im Gegensatz von *μονομερῶς. L. 1. § 4. C. I. de temp. app.* (7, 63).

5) *L. 2. § 1. cit.* Note 2. quae causae cognitionem pro tribunali desiderat vel quae decretum exposcit. *L. 9. § 1. D. de off. Procons.* (1, 16) in Note 8.

6) Vgl. § 106 Note 23.

oder durch Subscriptio auf eine Bittschrift (per libellum)[8]) de plano verfügt[9]); — andrerseits die Anordnung eines Judiciums durch Bestellung des Geschwornen, welcher die Sache nach Vorschrift der Formula untersuchen und das Urtheil fällen soll[10]).

Die Fälle der prätorischen Cognition waren von jeher zahlreich und mannichfaltig; in der Kaiserzeit aber mehrten sie sich noch, selbst abgesehen von den Sachen, die dem ordo iudiciorum privatorum entzogen wurden[11]), so daß der Prätor ihnen eigene Gerichtssitzungen (sessiones pro tribunali, dies cognitionum) widmen mußte[12]). Sie gehören den verschiedenen Geschäftszweigen des Prätors an, nehmlich entweder dem Imperium, oder der Jurisdictio, oder den außerordentlich ihm übertragenen Geschäften; und betreffen theils selbständige Rechtssachen, theils dienen sie einer andern Sache nur zur Vorbereitung.

I) Dem Imperium gehören die Cognitionen an, wo-

7) *L. 1. § 1. D. de const. Princ.* (1, 4). *Ulp.* — quodcumque — Imperator — vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est.

8) *L. 1. § 1. cit.* per — subscriptionem statuit. *Plin. Ep.* I. 10. — subnoto libellos. *Fr. Vat.* § 163. — ut subnotet sua manu, quod volet. *L. 9. § 1. D. de off. Procons.* (1, 16). *Ulp.* Ubi decretum necessarium est, per libellum id expedire Proconsul non poterit; — omnia enim quaecumque causae cognitionem desiderant, per libellum non possunt expediri = *L. 71. D. de reg. iur.* (50, 17). *L. 25. D. de excus.* (27, 1). *Ulp. lib.* 2. *de officio Consulis.* Excusare se tutor per libellos non poterit. S. oben § 82 Note 25. 26.

9) S. oben § 79 Note 38. 39.

10) S. z. B. *L. 24. § 5. D. de* (4, 4) oben § 121 Note 81 und *Ulp.* XXV. 12. Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata, sed cognitio est Romae quidem Consulum aut Praetoris, in provinciis vero Praesidum provinciarum. Hierauf bezieht sich der Gegensatz der res cognitionis und ordinarii iuris. *Sueton. Claud.* 15.

11) *L. 5. pr. D. h. t. Callistratus lib.* 1. *de cognitionibus.* Cognitionum numerus cum ex variis causis descendat, in genera dividi facile non potest, nisi summatim dividatur. Numerus ergo cognitionum in quatuor fere genera dividi potest: (1) aut enim de honoribus sive muneribus gerendis agitatur, (2) aut de re pecuniaria disceptatur, (3) aut de existimatione alicuius cognoscitur, (4) aut de capitali crimine quaeritur. Wir folgen dieser Eintheilung nicht, da sie weder erschöpfend, noch aufklärend ist.

12) S. oben § 80 Note 44. 48.

durch eine Cautionsleistung[13]) oder eine Missio in Possessionem vorbereitet wird[14]); selbständig ist die Cognition bei der in Integrum Restitutio, denn das Judicium rescissorium dient nur zu deren Ausführung[15]).

II) In der Jurisdictio und zwar A) der nicht streitigen (voluntaria) hat die Kaiserzeit Cognitionen eingeführt, z. B. über die Bedingungen der Adoption[16]). Dagegen finden die auf die Manumissio bezüglichen causae probationes der Lex Aelia Sentia vor einem Consilium statt[17]), gehören also nicht hierher; und die auf die Ehe bezügliche causae probatio bei dem Prätor oder Präses Provinciä, wodurch der Freigelassene (latinus Iunianus) nachträglich das römische Bürgerrecht erlangt, ist eine einseitige Verhandlung und heißt deshalb nicht causae cognitio[18]).

B) Zu der streitigen Jurisdictio gehören 1) die Cognitionen in causis publicis, also Communalsachen[19]) und fiscalische[20]). 2) In reinen Privatsachen cognoscirte der Prätor von jeher zur Vorbereitung eines ordentlichen Judiciums, wenn er in seinem Edict eine actio[21]) oder exceptio[22]) nur causa cognita zu geben versprochen hatte. Dagegen war es die wichtigste Neuerung des kaiserlichen Rechts (ius extraordinarium), daß gewisse Civilsachen, die an sich im ordo iudiciorum privatorum hätten entschieden werden können, diesem entzogen und extra ordinem zur eignen Cognition der Gerichtsobrigkeiten

13) S. § 119.
14) S. § 120.
15) S. § 121.
16) *L. 39. D. de adopt.* (1, 7). *Ulp. de off. Consulis.* — Divus Marcus — rescripsit: — aestimabunt Iudices, adhibitis etiam his, qui contradicent, id est qui laederentur confirmatione adoptionis. *L. 15. § 2. L. 17. L. 22. eod.*
17) *Gai.* I. §§ 18. 38. *Ulp.* I. 12. 13.
18) *Gai.* I. §§ 29. 31. *Ulp.* III. 4.
19) S. § 67 Note 57. 58. § 70 Note 19. *L. 8. D. de pollicit.* (50, 12). *Callistr. cit.* in Note 11. (1) de honoribus sive muneribus. Auch (3) de existimatione alicuius (*cf. §§ 1. 2.*) scheint zum Theil dahin zu gehören. Vgl. Rudorff cit. § 59 Note 8.
20) Regelmäßig erkennt der Procurator Cäsaris selbst; doch konnten die Partheien auf Bestellung eines Geschwornen antragen. S. oben § 81 Note 32. 33.
21) S. § 86 Note 33. 34
22) S. § 99 Note 45.

verstellt wurden. Von diesen extraordinariae cognitiones wird nachher noch besonders zu sprechen sein.

III) Weder dem Imperium, noch der Jurisdictio gehören z. B. die Vormundschaftssachen an [23]. Zwar die accusatio suspecti tutoris, weil schon die Zwölf Tafeln die Cognition und das Absetzungsurtheil den Gerichtsobrigkeiten zugewiesen, wurden zu der Jurisdictio des Prätors und Präses Provinciae gerechnet [24]. Die Kaiserzeit aber erweiterte im Interesse der Unmündigen und anderer Schutzbedürftigen die Rechte und Pflichten der Gerichtsobrigkeiten zu einer eigentlich obervormundschaftlichen Thätigkeit, die auf besonderer Verleihung durch das Jus extraordinarium beruht. Schon bei der Bestellung des Vormundes sollten sie eine Untersuchung über seine Person, sein Vermögen u. s. w. anstellen, die jedoch, weil nicht contradictorisch, nicht cognitio, sondern inquisitio genannt wird [25]. In die vormundschaftliche Verwaltung greifen sie ein durch die Bestimmung darüber, wessen Fürsorge die Person des Pupillen übergeben [26] und wie viel auf seinen Unterhalt verwandt werden soll [27]; ferner durch die Entscheidung über die Veräußerung von Grundeigenthum [28]. Das Interesse des Pupillen soll in allen diesen Fällen durch seine nächsten Angehörigen, eventuell durch einen ihm bestellten Anwalt vertreten werden [29]. Auch über die Excusation [30] oder Potiorum No-

23) S. oben § 70 Note 54 folg.

24) *L. 1. §§ 2. 3. 4. 5. L. 4. §§ 1—3. L. 10. L. 11. L. 12. D. de susp. tut.* (26, 10).

25) *§§ 3. 4. I. de Atil. tut.* (1, 20). *L. 13. § 2. L. 18. L. 21. § 5. D. de tut. datis* (26, 5). *L. 2. L. 5. L. 6. L. 7. D. de confirm. tut.* (26, 3), wobei die Municipalmagistrate sie unterstützen. *L. 24. eod. L. 1. §§ 2. 3. D. de mag. conv.* (27, 8).

26) *Dig.* 27, 2. *Cod. Iust.* 5, 49. ubi pupillus educari vel morari debeat.

27) *Dig.* 27, 2. — et de alimentis ei praestandis. *Cod. Iust.* 5, 50.

28) *Dig.* 27, 9. de rebus eorum, qui sub tutela *rel. Cod. Iust.* 5, 71. de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis.

29) *L. 5. D. ubi pupillus* (27, 2). *Ulp.* Si disceptetur, ubi morari vel ubi educari pupillum oporteat, causa cognita id Praesidem statuere oportebit. In causae cognitione evitandi sunt *rel. L. 1. § 1. eod.* Imp. Severus rescripsit, Praetorem aestimare debere, praesentibus ce-

minatio des Vormundes [31]) wird in contradictorischer Verhandlung, also durch eine Cognitio der obervormundschaftlichen Obrigkeit entschieden. — In dieselbe Kategorie gehört auch die Cognitio, welche der Bestätigung des Transacts über Alimente vorhergeht [32]).

Wie in Civilsachen die extraordinaria cognitio dem ordo iudiciorum privatorum in der Kaiserzeit entgegentritt, so in Criminalsachen die cognitio extra ordinem dem ordo iudiciorum publicorum [33]).

In der Form der Cognitio wird endlich auch die Appellation in Civil-, Criminal- und Administrativ-Justizsachen verhandelt [34]).

Aus dieser Aufzählung der Cognitionen, von denen wir hier natürlich nur die civilen Cognitionen erster Instanz be-

teris propinquis liberorum *rel.* II) *L. 3. § 4. eod. Ulp. lib.* 1. *de omnibus tribunalibus.* Sed si non constat, quis modus facultatium sit, inter tutorem et eum, qui alimenta decerni desiderat, suscipere debet (*sc. Praetor*) cognitionem, nec temere alimenta decernere, ne in alterutram partem delinquat. III) *L. 11. D. de reb. eor.* (27, 9). *L. 12. C. I. eod.* (5, 71). — causa cognita. *L. 3. § 9. D. eod.* Non passim tutoribus sub obtentu aeris alieni permitti debuit venditio. *§ 11.* — requirere debet, qui se instruat de fortunis pupilli, nec nimium tutoribus vel curatoribus credere. — Requirat ergo necessarios pupilli, vel parentes, vel libertos aliquos fideles, vel quem alium qui notitiam rerum pupillarium habet: aut si nemo inveniatur, — iubere debet edi rationes, — advocatumque pupillo dare, qui instruere possit Praetoris religionem *rel.*

30) Nicht per libellos, also causa cognita. *L. 25. D. de excus.* (27, 1). Vgl. Note 8 und unten Note 81. 84. Contradictorisch *L. 39. eod. L. 1. C. I. si tutor vel curator* (5, 63). *cf. L. 3. eod.* zwischen dem berufenen Vormund, der sich excusirt, und dem, der ihn erbeten und genannt hat. *Fr. Vat.* § 156. *L. 14. C. I. de excus.* (5, 62).

31) Contradictorisch zwischen dem zunächst berufenen Tutor und dem, den er als Näherverpflichteten (potior) genannt hat *Fr. Vat.* §§ 162. 167. 208. 210. und die Verhandlung findet pro tribunali statt. *Fr. Vat.* §§ 161. 165.

32) *L. 8. §§ 17–19. D. de transact.* (2, 15).

33) S. oben § 70 Note 71, § 81 Note 18 und Callistratus in Note 11. (4) de capitali crimine.

34) Vgl. § 116. *L. 5. C. I. si pendente appellatione* (7, 66). *Gordian.* — in numero cognitionum. Eine extraordinaria cognitio wird sie nicht genannt. Vgl. Keller cit. S. 348.

trachten, ergiebt sich, wie unrömisch es ist, wenn neuere Schriftsteller Alles, was der Prätor in Justizsachen außerhalb des ordo iudiciorum privatorum that, für extra ordinem und jede Cognition desselben für eine extraordinaria cognitio erklären [35]). Diese letztere aber verdient wegen ihrer Bedeutung für diese und für die folgende Periode eine besondere Betrachtung.

Der Gedanke, reine Civilsachen, die an sich dem gewöhnlichen Rechtsgang mit Geschwornen (ordo iudiciorum privatorum) hätten überlassen werden können, demselben zu entziehen und der Cognition der Gerichtsobrigkeiten vorzubehalten, hing ursprünglich durchaus nicht mit dem Verfall oder einer absichtlichen Verkümmerung der Schwurgerichte zusammen.

1) Als August die Fideicommisse, die bis dahin nur aus Pietät gegen den Verstorbenen erfüllt worden waren, zunächst in einzelnen Fällen, dann jährlich der Cognition der Consuln übertrug und sie also zu einem Rechtsinstitut erhob, geschah dieß in dem Sinne, daß dabei immer noch sittliche Momente in Betracht gezogen werden sollten, die sich nicht durch eine Formula zur Entscheidung eines gewöhnlichen Juder stellen ließen. Darin änderte sich auch nichts Wesentliches, als K. Claudius die städtische Jurisdiction in Fideicommißsachen nach ihrem Betrag zwischen den Consuln und zwei eigens damit beauftragten Prätoren theilte, von denen Titus einen wieder abschaffte, und sie in den Provinzen den Statthaltern übertrug, also zu einer stehenden machte [36]). Sie blieben Cognitionssachen [37]), und wir stellen sie zu den extraordinariae cognitiones, weil alle Merkmale derselben zutreffen. Nachdem freilich die Jurisprudenz die Grundsätze ihrer rechtlichen Beurtheilung ausgebildet und festgestellt hatte, konnte auch von einer actio fideicommissi gesprochen [38]), ja, wenn die Forderung daraus als

35) Vgl. § 82 Note 13—19.

36) *§ 1. I. de fid. her.* (2, 23). *cf. pr. I. de codicillis* (2, 25). *Sueton. Claud.* 23. *L. 2. § 32. D. de orig. iur.* (1, 2).

37) *Gai.* II. § 278. *Ulp.* XXV. 12.

38) *L. 52. pr. D. de iud.* (5, 1). *L. 37. § 4. D. de leg.* 3, (32). *Paul.* IV. 1. § 18.

mutua petitio oder exceptio in einem gewöhnlichen Judicium geltend gemacht wurde, die Entscheidung darüber dem Geschwornen überlassen werden [39]). Die regelmäßige Verhandlung und Entscheidung durch die Gerichtsobrigkeit nach freien Grundsätzen machte es aber möglich, daß auf Grund fideicommissarischer Bestimmung z. B. der Filius familias von seinem Vater die Emancipation [40]), der Sklave von seinem Herrn die Manumission [41]) klagend erzwingen konnte.

2) Die Alimentenklage, welche die Kaiserzeit zwischen Eltern und Kindern und zwischen dem Patron und seinem Freigelassenen einführte [42]), weil gleichfalls auf Pietät beruhend und die freieste Beurtheilung der Bedürftigkeit und Würdigkeit auf der einen und des Vermögens auf der andern Seite fordernd, konnte eben so wenig in eine Formula gefaßt und einem gewöhnlichen Judex überlassen werden; die Consuln, der Praefectus Urbi in Rom, die Provinzialstatthalter sollten cognosciren und durch ein Decret entscheiden [43]).

3) Die Belohnung von Dienstleistungen höherer Art oder die sonst nicht Gegenstand einer locatio operarum zu sein pflegten, als das Honorar der Sachwalter und Advokaten, der Aerzte, der öffentlichen Lehrer, der Feldmesser u. s. w. [44]), das Salar öffentlicher Beamten [45]), das Mäklergeld des Un-

39) *L. 7. C. I. fam. erc.* (6, 36). — *L. 77. D. de leg.* 1. (30). *L. 37. § 4. D. de leg.* 3. (32). *L. L. 3. § 1. L. 22. L. 26. D. de lib. leg.* (34, 3). *L. 45. pr. L. 46. § 5. L. 48. D. de fid. lib.* (40, 5).

40) *L. 92. D. de cond. et dem.* (35, 1).

41) *L. 41. L. 44. D. de fid. lib.* (40, 5). *L. 43. D. de act. empti* (19, 1).

42) Die Quelle kennen wir nicht. *L. 5. D. de agn. et al. lib.* (25, 3). *Ulp. lib. 2. de officio Consulis. L. 3. D. de alim. leg.* (34, 1). *Cod. Iust.* 5, 25. *de alendis liberis ac parentibus.*

43) Cognition über die Bedürftigkeit *L. 5. §§ 7. 13. 19. D. h. t.* Würdigkeit *L. 5. § 11. eod.* Vermögen: pro modo facultatum. *L. 5. §§ 7. 10. 15. 19. eod.* Ueber das Familienverhältniß selbst wird nur summarisch cognoscirt, ohne Präjudiz für die status quaestio. *L. 5. §§ 8. 9. 18. eod.*

44) *L. 1. L. 3. D. de extr. cognit.* (50, 13). *L. 1. pr. D. si mensor* (11, 6). *L. 7. L. 56. § 3. D. mandati* (17, 1). *L. 1. C. I. eod.* (4, 35).

45) Der Comites und Assessoren *L. 1. § 8. L. 4. D. de extr. cogn.* (50, 13). *L. 4. D. de officio Adsess.* (1, 22). *cf. L. 52. § 2. D. de act. empti* (19, 1).

terhändlers (proxeneticum)[46], soll, weil ein mit eigenthümlichen Rücksichten zu behandelnder Ehrensold, nicht per formulam vor einem Judex, sondern extra ordinem vor dem Prätor oder Präses Provinciae gefordert werden, obgleich wesentlich dieselben materiellen Rechtsgrundsätze wie bei der locatio operarum zur Anwendung kommen[47]).

4) Das persönliche Verhältniß zwischen dem Herrn und seinem Sklaven, dem Vater und seinem Kinde u. s. w. konnte nach altem Recht nicht Gegenstand eines Rechtsstreits vor Gericht sein. Der humane Absolutismus der Kaiserzeit machte auch dieß möglich; aber natürlich nicht in der Form eines gewöhnlichen Judiciums, sondern extra ordinem. So kann der Sklave wegen arger Mißhandlung, die er von seinem Herrn erfährt, vor dem Präfectus Urbi oder dem Provinzialstatthalter klagend auftreten und wenigstens seinen Verkauf an einen andern Herrn[48]), wenn er sich mit seinem Gelde zu diesem Zweck hat kaufen lassen, die Freilassung erzwingen[49]); wenn der Herr das Testament unterschlagen hat, worin dem Sklaven die Freiheit hinterlassen ist, die actio suppressi testamenti anstellen[50]). Ebenso kann der noxae causa mancipirte Sohn, wenn er die Schuld abverdient hat, seine Freilassung durch den Prätor erzwingen[51]); ja K. Trajan hat in einem einzelnen Fall den Vater, der seinen Sohn mißhandelt, zur Emancipation desselben genöthigt, ein Urtheil, welches die Jurisprudenz als Präjudiz für ähnliche Fälle verzeichnete[52]).

46) *Dig.* 50, 14. *de proxeneticis.*

47) *L. 19. § 10. L. 38. § 1. D. locati* (19, 2). *Plin. Ep.* IV. 12.

48) *Gai.* I. § 53. *§ 2. I. de iis qui sui* (1, 8). *L. 1. §§ 1. 8. D. de off. Pr. urbi* (1, 12). *Coll.* III. 3.

49) *L. 5. pr. D. de manumiss.* (40, 3).

50) *L. 7. D. de leg. Corn. de falsis* (48, 10). *Marcian.* Nullo modo servi cum dominis suis consistere possunt, cum ne quidem omnino iure civili, neque iure praetorio, neque extra ordinem computantur: praeterquam quod favorabiliter divi Marcus et Commodus rescripserunt *rel.* — Ueberhaupt *L. 53. D. de iudic.* (5, 1).

51) *Coll.* II. 3.

52) *L. 5. D. si a parente* (37, 12).

5) Die einzige willkührliche Beschränkung aber, welche der ordo iudiciorum privatorum in dieser Periode erfuhr und welche dessen Verfall bezeichnet, betrifft die Status Quästiones. Für den Streit um Freiheit (de libertate) und freie Geburt (de ingenuitate) hatte der Prätor im Edict Präjudicialformeln aufgestellt[53]). Eine Oratio divi Marci ordnete statt dessen die Cognitio der Consuln in Rom und des Statthalters in den Provinzen[54]), ohne Zweifel um im öffentlichen Interesse der Reinhaltung des Standes der freien Geburt den häufigen Collusionen, welche die Geschwornen zuließen, gründlicher zu steuern[55]). Was den status familiae, also väterliche Gewalt und die davon abhängige Agnation betrifft, so wurde in Rom dem prätorischen Präjudicium eine cognitio Praetoria an die Seite gesetzt[56]), wir wissen nicht, ob zu willkührlichem Gebrauch der einen oder andern Form. Fand freilich der Streit zwischen Vater und Sohn statt, so war nur die zweite Form anwendbar[57]). In den Provinzen aber sollte nach einem Senatusconsult und einem dasselbe erläuternden Rescripte Domitians allemal der Provinzialstatthalter selbst erkennen[58]).

Außer diesen ein für allemal bestimmten Fällen außer-

53) S. oben § 37 Note 33. 63.

54) *Pap. L. 4. D. si ingenuus* (40, 14). *Marcellus de off. Consulis* in *L. 1. §§ 3. 4. D. ne de statu defunct.* (40, 15). *Ulp. lib. 2. de officio Consulis* in *L. 2. pr. § 4. D. de collus. deteg.* (40, 16). *L. 14. D. de prob.* (22, 3). *L. 27. D. de lib. causa* (40, 12). Cognitio in *L. 8. pr. eod.* cognoscere. *L. 39. § 1. eod. L. 2. C. I. de pedan. iud.* (3, 2). *Diocl. et Max.* — dum tamen et de ingenuitate, super qua poterunt et ante cognosere, et de libertinitate Praesides ipsi diiudicent. Paulus commentirt zwar noch den Titel des Edicts de liberali causa, aber erwähnt dabei nur die Cognitio *L. 33. D. de lib. causa* (40, 12). *Paul.* V. 1. § 4. Callistratus *L. 5. pr. cit.* Note 11 scheint unter (3) de existimatione auch dieß zu begreifen. *cf. §§ 1—3.* Der letzte Jurist, der das Präjudicium vor Geschwornen erwähnt, ist Gaius ad edictum Praetoris urbani tit. de liberali causa. *L. 9. L. 25. eod.*

55) Vgl. oben § 97 Note 25. 53. 77.

56) *L. 1. § 2. D. de rei vind.* (6, 1).

57) S. § 97 Note 87. *L. 2. C. I. si adversus rem iud.* (2, 27).

58) *Plin. Ep.* X. 77. Vgl. § 97 Note 91 und *L. 1. C. I. de ord. iud.* (3, 8) in § 111 Note 73.

ordentlicher Cognition konnte sie auch eintreten, wenn in Polizei- und Verwaltungssachen ein damit zusammenhängender Rechtsstreit zu entscheiden war [59]), was namentlich bei den kaiserlichen Präfecten in Rom häufig vorkam [60]), die freilich auch das Recht hatten, einen Judex zu bestellen [61]). — Endlich ist daran zu erinnern, daß der Kaiser jede Rechtssache willkührlich annehmen und dann entweder selbst in Form der Cognitio entscheiden [62]), oder einen kaiserlichen Commissarius zur Erledigung derselben in gleicher Form ernennen konnte [63]). — Die ordentlichen Gerichtsobrigkeiten dagegen, also der Prätor und die Provinzialstatthalter, hatten nicht die Wahl, ob sie eine Sache in den ordo iudiciorum privatorum leiten, oder zu ihrer eigenen Cognition ziehen wollten, sondern waren je nach deren Beschaffenheit durch ihr Edict und die neueren Gesetze zu jenem oder diesem verpflichtet [64]); nur ob die Sache zu der einen oder andern Kategorie gehöre, hatten sie zu beurtheilen [65]).

Alle Cognitionssachen waren übrigens der ausschließlichen Competenz dieser höheren Volks- und Reichsbeamten vor-

59) *L. 12. pr. L. 14. § 2. D. de relig.* (11, 7). *L. 1. § 2. D. de migrando* (43, 32). *L. 2. D. de extr. cogn.* (50, 13).

60) Für den Präfectus Urbi s. § 64 Note 24. 25, den Präfectus Annonae Note 29, den Präfectus Vigilum Note 32. Wie dieser zum Richteramt in dem Prozeß der Walker- und Brunneninnung (fullones, fontani) mit dem Fiscus über die von der benutzten Quelle und ihrer Umgebung geforderte pensio oder solarium kam, wissen wir nicht. Rudorff cit. vermuthet ein kaiserliches Commissorium; Mommsen cit., daß die fragliche Quelle in der Caserne der zweiten Cohorte der Vigiles auf dem Esquilin lag. Sollte der Präfectus Vigilum nicht auch die höhere Aufsicht und die Jurisdiction über alle die aquae und fontes betreffenden Streitigkeiten gehabt haben?

61) *L. 3. D. de off. Pr. urb.* (1, 12). *L. 12. § 1. D. de iud.* (5, 1).

62) S. § 62 Note 12 folg. Daselbst *Sueton. Domitian.* 8. Ius diligenter et industrie dixit — extra ordinem, und Paulus, Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri sex. Rudorff, Rechtsg. I. § 57 Note 14.

63) S. § 71 S. 112 folg.

64) *L. 2. C. I. de ped. iud.* (3, 2). *Diocl. et Max.* — Praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant. *L. 4. C. I. de sent. et int.* (7, 45). *Alex.* S. oben § 118 Note 7 und § 70 Note 15.

65) Daselbst Note 16. *L. 8. L. 9. D. de off. Praesidis* (1, 18). Anders Keller cit. Note 981 und Rudorff cit. § 2 Anmerk. a. E.

behalten[66]), wenngleich auch die Municipalmagistrate eben sowohl selbst untersuchen und erkennen, als Judices bestellen konnten[67]), ohne daß unsere Quellen eine Andeutung enthielten, wann das Eine und wann das Andere.

Ihrem Gegenstande nach sind die Cognitionen, wie wir gesehen, äußerst mannichfaltig, beschränken sich insbesondere keineswegs auf Vermögensansprüche (de re pecuniaria)[68]), und werden, insofern irgend ein Interesse dabei gerichtlich verfolgt wird, mit dem allgemeinen Ausdruck persecutio bezeichnet[69]).

Das Verfahren enthält alle wesentlichen Stücke eines Rechtsstreits, aber in den einzelnen Fällen noch in verschiedenen Formen[70]).

Allgemein ist ihnen der in der Kaiserzeit erweiterte Gebrauch der Schrift, nehmlich die Protokollirung der Verhandlung (acta) durch das in der förmlichen Gerichtssitzung (pro tribunali) anwesende Kanzleipersonal[71]). Auch setzt jede Cognitio als zweiseitige Verhandlung, wie die Actio, zwei streitende Theile voraus, die entweder persönlich oder durch Vertreter vor Gericht erscheinen müssen[72]). Nur Kläger (actor) und

66) *L. 105. D. de reg. iur.* (50, 17). *Paul.* Ubicunque causae cognitio est, ibi Praetor desideratur. Vgl. § 66 Note 20, § 70 Note 43. Daher praetoria cognitio schlechthin. Eben deshalb handelt Ulpian de omnibus tribunalibus von den Cognitionen.

67) S. § 70 Note 40. 41.

68) Callistratus in *L. 5. pr.* Note 11. (2) de re pecuniaria.

69) *L. 18. § 1. D. de acceptilat.* (46, 4). *L. 10. L. 49. L. 178. § 2. D. de verb. sign.* (50, 16). Schon die classischen Juristen nennen sie indeß auch actio *L. 34. D. eod. Paul.*, z. B. die accusatio suspecti tutoris *L. 1. § 6. D. de susp. tut.* (26, 10) in Note 73; actio fideicommissi in Note 38, und actio extraordinaria auf das Salar in *L. 52. § 2. D. de act. empti* (19, 2), wonach oben § 82 Note 14 zu berichtigen ist.

70) Auch in diesen Sachen mußte servato ordine verfahren werden. Vgl. *L. 1. C. I. de exsecut. rei iud.* (7, 53). Ordo cognitionum ist aber dafür nicht technisch, sondern bezeichnet in *Rubr. Cod. Iust.* 7, 19. die Reihenfolge der criminalen und civilen Cognitionen.

71) S. oben § 82 S. 194. Eine Anschauung von dem Verfahren geben die erhaltenen Bruchstücke solcher Protokolle. Vgl. Rudorff, Rechtsg. II. § 59 Anm. Bremer, Mus. f. Phil. XXI. S. 10. 49.

72) *L. 39. §§ 6. 7. D. de procur.* (3, 3), *L. 6. D. ratam rem hab.* (46, 8). *Fr. Vat.* § 340[b].

Beklagter (reus) werden sie, wenigstens in den ursprünglichen Fällen, nicht genannt, da es sich in diesen zunächst nicht um ein strenges, gegen einen Andern geltend zu machendes Recht handelte.

Diese Eigenthümlichkeit bedingte auch die Einleitungsform der Cognitio. Die Zwölf Tafeln hatten dem, der ein solches Recht zu haben behauptet, die Befugniß beigelegt, einen Andern, der es verkennt, durch die strenge in Jus Vocatio zum Erscheinen vor Gericht zu nöthigen, und diese Privatgewalt hier unmittelbar durch den Nachweis jenes Rechts zu rechtfertigen. Diese Voraussetzung fiel bei den ältesten Cognitionen weg und somit auch das Recht der in Jus Vocatio. — Der Angehörige eines Pupillen oder der Dritte, der sich seiner annehmen will und den Tutor als suspectus anklagt, hat keinen Anspruch an diesen, stellt daher nur den Antrag (postulatio)[73]) an den Prätor, daß er den Angeklagten vorfordere (evocare) und verhöre, und wenn er ungehorsam (contumax) ausbleibt, ihn auch ungehört seines Amtes entsetze (removere)[74]). — Auch der Minderjährige hat keine Forderung an einen Andern, um deren willen er ihn in Jus vociren könnte; er kann selbst häufig noch gar nicht wissen, wer sein Gegner sein wird; er bittet den Prätor (postulat)[75]), daß dieser ihn in Integrum restituire und ihm dadurch in der

73) *L. 1. pr. D. de susp. tut.* (26, 10). *Ulp.* — suspecti tutores postulantur. *§ 6.* — qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere u. s. w.

74) *L. 7. § 3. D. de susp. tut.* (26, 10). *Ulp.* Si quis tutor datus non compareat, solet edictis evocari, novissimeque si copiam sui non fecerit, ut suspectus removeri, ob hoc ipsum quod copiam sui non fecit [: quod et perraro et diligenti habita inquisitione faciendum est]. Zunächst von dem Fall, da der Tutor der Uebernahme der Tutel durch Entfernung sich zu entziehen sucht und eben dadurch suspectus wird; aber der andre, wenn er sich der Anklage entzieht, ist darin eingeschlossen. Die eingeklammerten Worte halte ich für interpolirt.

75) *L. 39. § 6. D. de procur.* (3, 3). *Ulp.* — postulata est cognitio de in integrum restitutione. *L. 3. § 9. D. de min.* (4, 4). impetrare cognitionem. *L. 39. pr. cit.* Note 77.

fraglichen Angelegenheit Schutz oder einen Anspruch verschaffe. Der Prätor ist es dann, der zum Behuf seiner Cognitio, die es betrifft, vorladet (evocare), um Widerspruch einzulegen [76]), und wenn sie nicht erscheinen, in contumaciam die Sache zu untersuchen und zu entscheiden [77]). — Auch bei den Fideicommissen war der ursprüngliche Gedanke August's, die Consuln sollten untersuchen, ob der Erbe aus Pietät gegen den Erblasser verpflichtet sei, seinen Willen zu erfüllen. Wie hätte der Fideicommissar gegen diesen die strenge in Jus Vocatio der Zwölf Tafeln üben können? Er konnte nur die Consuln angehen, daß diese zum Behuf ihrer Cognitio den Erben vorfordern (evocare), eventuell auch in Contumaciam erkennen möchten; und bei diesem Verfahren blieb es auch später, als die Fideicommisse in allen Stücken, die Form ihrer Anordnung ausgenommen, den Legaten rechtlich gleichgestellt wurden [78]). — In Communal- [79]) und Fiscalsachen sind es die betreffenden

76) *L. 29. § 2. D. de min.* (4, 4). *Modestin.* Si hereditate paterna aetatis beneficio in integrum restitutus abstinuit se, nemine de creditoribus paternis praesente, vel ad agendum a Praeside evocato —. Herennius Modestinus respondit, cum non evocatis creditoribus in integrum restitutionis decretum interpositum proponatur, minime id creditoribus praeiudicasse.

77) *L. 13. pr. D. eod. Ulp.* — Unde tractari potest: minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem, an adversus fideiussorem implorare debeat? Et puto tutius adversus utrumque. Causa enim cognita et praesentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt. *L. 39. pr. D. de evict.* (21, 2). *Iulian.* — impetrat cognitionem non tantum adversus Titium, sed etiam adversus Seium.

78) *L. 26. § 7. D. de fid. lib.* (40, 5). Senatusconsultum Rubrianum: Si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a Praetore adesse noluissent, si Praetor causa cognita pronuntiasset libertatem deberi *rel. § 9.* Evocari autem a Praetore oportet, qui fideicommissam libertatem debent. — Proinde denuntiationibus et edictis litterisque evocandi sunt. *L. 3. C. I. de procur.* (2, 13). *Sever. et Ant.* — evoca ad Praetorem, kann schon deshalb nicht auf die zwangsweise in ius vocatio gehen, weil von dem Procurator der Erben die Rede ist, dem, wenn er deren Vertheidigung nicht übernimmt, nur die Klagen versagt werden sollen.

79) S. Note 49. *L. 2. § 2. D. de adm. rer.* (50, 8). *Ulp.* — etsi contra absentem pronuntiatum

Verwaltungsbeamten, welche das öffentliche Interesse nachweisen und die Cognitio durch amtliche Ladung der Verpflichteten eröffnen [80]). — Am wenigsten kann in Vormundschaftssachen an eine in Jus Vocatio gedacht werden. Der ernannte Vormund, der sich excusiren will, geht innerhalb der ihm gesetzten Frist von fünfzig Tagen den Prätor in einer Gerichtssitzung pro tribunali oder de plano persönlich an (adire), und erklärt entweder nur mündlich oder zu Protokoll seine Excusationsgründe, in der Ferienzeit durch Libelli, die er einreicht [81]). Bei der contradictorischen Cognitio über dieselben sind entweder die seine obrigkeitliche Bestellung erbeten haben, oder sonst die nächsten Angehörigen des Pupillen seine Gegner; jenem soll er vorher Anzeige davon machen (denuntiare); diese kann nur der Prätor vorladen, beide nur dieser zum Erscheinen nöthigen [82]). Aehnlich bei der Potiorum Nominatio, die eine

est. Dieß ist in der cognitio nur in Folge der obrigkeitlichen Ladung möglich.

80) Der Privatus konnte freilich nach Nerva's und Trajans liberalen Anordnungen den procurator Caesaris in Jus vociren. *Plin. Panegyr.* 36. f. § 81 Note 30 folg. Aber seit Hadrian wenigstens war dieser es, der auf den Antrag des Advocatus Fisci den fiscalisch Verpflichteten durch litterae und edicta evocirte. *SC. Iuventianum* in *L. 20. § 6. D. de her. pet.* (5, 3). Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset. *cf. § 11. L. 47. § 1. D. de re iud.* (42, 1). *Paul.* — saepius conventi. *L. 2. § 3. D. de iure fisci* (49, 14). *Callistr.* Senatus censuit, ut si neque delator neque possessor tribus edictis evocati adfuerunt *rel. L. 42. § 1. eod.* — tribus edictis evocati non respondent.

81) Für Praetorem adire f. *L. 13. §§ 1. 8. D. de excusat.* (27, 1), mündliche Erklärung und zwar pro tribunali zu Protokoll oder Libelli *ibid. § 10. L. 6. L. 11. C. I. eod.* (5, 62). *Antonin.* — intra quinquagesimum diem postulare debuisti. *Fr. Vat.* § 156. Itaque ubi sciit, ne praescriptione quinquaginta dierum excludatur, si sint sessiones vel pro tribunali vel de plano, adversario, id est ei, qui eum petit, denuntiare debet et adire Praetorem et titulum excusationis suae apud eum expromere; si feriae sint, libellos det contestatorios.

82) Für die vorausgehende Denuntiation, die sich von der zwingenden in Jus Vocatio bestimmt unterscheidet, f. *Fr. Vat.* § 156. in Note 80. Für den Gegner *L. 14. C. I. de excus.* (5, 62). *Antonin.* — is qui eum nominavit. Für die Angehörigen des Pupillen *L. 1. C. I. si tutor vel cur.*

Abart der Excusation ist[83]). Auch hier geht nur eine private Anzeige (denuntiatio) an den Gegner, d. i. hier der angeblich Näherverpflichtete (potior), voraus; denn wie sollte dieser in Jus vocirt werden können? Dem Prätor überreicht der Tutor allemal Libelli, und zwar pro tribunali fünffach, de plano vierfach, worin er die Person des Näherverpflichteten, dessen Verhältniß zu dem Pupillen, seinen Stand und sein Vermögen genau angiebt, und bittet, wenn derselbe nicht erschienen ist, um die Ermächtigung, ihm nun die obrigkeitliche Anzeige von der bevorstehenden Cognitio zu überbringen (denuntiatio ex auctoritate), oder wenn dieser entfernt wohnt, um ein Schreiben (litterae) an die Municipalmagistrate seines Wohnorts, daß diese ihn vor dem Prätor zu erscheinen nöthigen[84]). In beiden Fällen ist ein Contumacialverfahren nicht denkbar; daher der Gegner unbedingt persönlich vor dem Prätor erscheinen muß, und durch die gewöhnlichen Zwangsmittel dazu genöthigt

(5, 63). — absentibus necessariis personis vel his qui sua sponte vos defendere voluerunt.

83) *Fr. Vat.* § 157. *cf.* §§ 160. 206. 242. Durch eine Oratio divi Severi geregelt *Fr. Vat.* § 158. Daher muß sie auch binnen fünfzig Tagen angebracht werden. *Ibid.* § 164.

84) *Fr. Vat.* § 166. Libelli ita formandi: CUM PROXIME DECRETO TUTOREM ME DANDUM EXISTIMAVERIS ILLI, QUOD MIHI IN NOTITIAM PERTULIT ILLE ILLA DIE, NOMINO POTIOREM, UT MUNICIPEM SUPRA SCRIPTI, ILLUM, VEIENTANUM, MORANTEM EO LOCO, HABENTEM IN SUBSTANTIA PLUS MINUS TANTUM. Si eques Romanus fuerit, qui potior nominabitur, etiam hoc comprehendi debet. Deinde fine talem clausulam addat: ROGO, PRAETOR, PROPTER PROSCRIPTIONIS TEMPORA LIBELLOS ACCIPERE DIGNERIS. § 167. Si pro tribunali dabuntur, quinque, de plano quattuor dandi erunt et petendum, ut denuntietur ex auctoritate, cum denuntiaveris et non venerit. Libellos det et litteras petat *rel. desunt.* § 162. Si is qui potiorem nominaverit, litteras petierit ad magistratus, ut compellant eum venire, quem potiorem nominavit, cum libellos dedit, alt*era* die litteras accipere debet ac magistratibus reddere per dinumerationem vicenum milium passuum *rel.* § 210. Huschke zu § 167 vermuthet, daß Ein Libellus dem Prätor honoris causa überreicht, ein zweiter pro tribunali dem gegenwärtigen Officium zu den Acten gegeben und die drei übrigen subscribirt zu den drei Ladungen benutzt worden seien. Doch, wie dem auch sei, der Anfang des pretiösen Kanzleistyls, der Vermehrung des Schreibwerks und der Actenanhäufung wird daraus klar.

wird [85]). Aehnlich wird auch die Cognitio in andern Vormundschaftssachen [86]), und überhaupt überall, wo der Prätor selbst untersucht und erkennt, eingeleitet [87]). Bei dem Kaiser ist eine Rechtssache stets durch eine Bittschrift (libellus, supplicatio) anzubringen, weil es eine außerordentliche Gunst ist, wenn er sich derselben annimmt. Die Einleitung der Cognitio durch Ansetzung eines Termins und die Ladung des Gegners wird dann natürlich durch die kaiserliche Kanzlei besorgt [88]).

Die Ladung (evocatio) der Magistrate wurde in dreifacher Form erlassen [89]). 1) Durch denuntiatio, d. h. so daß die Anzeige des prätorischen Befehls dem Imploranten überlassen wurde, also durch eine denuntiatio ex auctoritate [90]),

85) *Fr. Vat.* § 162. in Note 83. Magistratus ut compellant eum venire. *cf. L. 1. § 3. D. de insp. ventre* (25, 4). *Ulp.* Cogenda igitur erit remediis Praetoris et in ius venire, et si venit respondere, pignoraque eius capienda et distrahenda, si contemnat, vel multis coërcenda. *L. 2. § 1. D. si quis in ius voc.* (2, 5). *Gell.* XI. 1, 4. XII. 12. 13.

86) S. oben Note 29.

87) *L. 1. § 1. D. de feriis* (2, 12). *Ulp.* Sed si Praetor (*sc. messium vindemiarumque tempore*) aut per ignorantiam vel socordiam evocare eos perseveraverit, hique sponte venerint: siquidem sententiam dixerit praesentibus illis et sponte litigantibus, sententia valebit, tametsi non recte fecerit, qui eos evocaverit. sin vero, cum abesse perseveraverint, sententiam protulerit etiam absentibus illis, consequens erit dicere, sententiam nullius esse momenti. *L. 75. D. de iud.* (5, 1). *Iulian.* Si Praetor iusserit eum, a quo debitum petebatur, adesse et — pronuntiaverit, Praetoris sententia *rel.*

88) *L. 21. D. ratam rem haberi* (46, 8). S. § 100 Note 78. *L. 92. D. de her. inst.* (28, 5). *Cod. Iust.* 1, 19, 20. in § 62 Note 15. *L. 4. D. de app. recip.* (49, 5). Eine in ius vocatio ist nicht denkbar. Daß aber auch die Ueberreichung des Libells nicht für in ius vocatio gelte, sagt *L. 15. D. de in ius voc.* (2, 4). — neque enim qui libellum Principi [vel Praesidi] dat, in ius vocare patronum videtur. Die eingeklammerten Worte halte ich für interpolirt, da in dieser Periode Cognitionssachen bei dem Präses nur ausnahmsweise per libellum angebracht wurden.

89) *Paul.* V. 5a. § 7. Note 99. *L. 20. §§ 6. 11. D. de her. pet.* (5, 3). Note 80. *L. 26. § 9. D. de fid. lib.* (40, 5). Note 78.

90) Diese Art der Denuntiation haben wir erst aus *Fr. Vat.* § 167. Note 84 kennen gelernt; sie ist vorauszusetzen, wo Denuntiationen als Bedingung des Contumacialverfahrens vorkommen, z. B. *L. 7. C. I. quomodo et quando iudex* (7, 43). Daß die Anzeige selbst durch den Imploranten erfolgt deutet auch *Paul. cit.* an: de-

zu unterscheiden von der im eigenen Namen gemachten Anzeige (denuntiatio), welche zu den verschiedensten Zwecken [91]) und, wie wir gesehen, auch bei Cognitionen als Vorbereitung der richterlichen Ladung verkommen konnte [92]). Die amtliche Anzeige erfolgt an die Person des Gegners oder seine Leute, und wenn dieß nicht möglich ist, durch Anschlag eines Libellus an seinem Hause [93]). 2) Durch litterae, worunter nicht eine schriftliche, an den zu Ladenden selbst gerichtete Aufforderung, sondern ein schriftlicher Auftrag an die Municipalmagistrate am Wohnort desselben ihn zu laden, gedacht wird [94]). 3) Durch edictum, d. h. eine öffentlich, auf dem Album des Prätors angeschriebene Aufforderung vor ihm zu erscheinen [95]). Die erste Form wurde wohl bei den am Gerichtsort Anwesenden, die zweite bei entfernt Wohnenden und die dritte bei denen angewandt, deren Wohn- und Aufenthaltsort unbekannt war. Alle drei hatten gleiche rechtliche Wirkung [96]).

nuntiatione conventus nisi ad iudicem, ad quem sibi denuntiatum est, aut cuius litteris rel. *cf. L. 20. § 11. D. de her. pet.* (5, 3). A quo denuntiatum sit, senatus non exigit. Wahrscheinlich legitimirte sich der Ueberbringer durch den subscribirten Libellus, insofern er die Sache durch einen solchen angebracht hatte; s. Note 84; wie in andern Fällen, steht dahin.

91) *Keller, Sem.* II. *p.* 355. *sqq.* Rudorff cit. § 94 Note 12.

92) *Fr. Vat.* § 167. *cit.* Note 84.

93) So wenigstens die Denuntiation iussu Praetoris zur Vorbereitung der Cognition wegen Damnum infectum. *L. 4. §§ 5. 6. D. de damn. inf.* (39, 2). Das SC. Iuventianum verlangt Kenntniß des Denuntianten selbst. *L. 20. § 11. D. de her. pet.* (5, 5).

94) *Fr. Vat.* §§ 162. 163. 165. 167. *cf. L. 1. § 2. D. de requir. reis* (48, 17).

95) Es ist ein im Album proponirtes edictum monitorium, welches einen Einzelnen betrifft. *L. 53. § 1. D. de re iud.* (42, 1). *Hermog.* — tribus edictis propositis, vel uno pro tribus. *L. 1. § 3. D. quae sent.* (49, 8). *Macer.* — cum ex edicto peremptorio, quod neque propositum est, neque in notitiam pervenit *rel.*

96) Für die Denuntiation des am Gerichtsort Gegenwärtigen s. *L. 10. C. I. de pignorib.* (8, 14). *Diocl. et Max.* Debitores praesentes prius denuntiationibus conveniendi sunt. Für die gleiche Kraft der denuntiationes mit den beiden andern *L. 2. C. I. quomodo et quando iudex* (7, 43). *Gordian.* Cessante quoque causa peremptorii edicti adversus eos, qui admoniti iudicio adesse noluerunt *rel. L. 9. eod. Diocl. et Max.* Tres denuntiationes ad peremptorii edicti vicem adver-

Nehmlich, wo es sich um ein Privatinteresse handelt, tritt regelmäßig nach dreimaliger Ladung das Contumacialverfahren ein, welches gleichfalls der Cognitio eigenthümlich ist. In den zum Ordo Judiciorum gehörigen Sachen ist der Beklagte, der dem Kläger die Verfolgung seines Rechts, zunächst die in ius vocatio unmöglich macht, indefensus, und es wird gegen ihn mit Missio in Bona und Bonorum Venditio verfahren (§ 106). Wer der Ladung (evocatio) des Magistrats nicht folgt, wenn er anders ihr zu folgen verpflichtet war, ist ungehorsam (contumax)[97]), und, wenn nicht um eines höheren Interesses willen seine Gegenwart erzwungen werden muß[98]), so wird mit der Cognitio gegen ihn verfahren, als wäre er gegenwärtig, d. h. er wird mit seiner Vertheidigung präcludirt. Dieß Präjudiz tritt aber regelmäßig erst nach der dritten Ladung und ausdrücklicher Androhung desselben ein. Ausnahmsweise ist schon das erste Edict ein peremptorisches (unum pro omnibus)[99]). Die Abwesenheit des Geladenen in dem bestimmten Termin wird durch dreimaligen Aufruf desselben (citatio) constatirt[100]), und dann wird, er mag geantwortet oder nicht geantwortet haben, in der Sache

sus contumaces convalescere, salubriter statutum est. Für die litterae *L. 8. eod. Idem.* — adversario tuo ternis litteris vel uno pro omnibus peremptorio edicto, ut praesentiam suam faceret, commonefacto.

97) *L. 53. § 3. D. de re iud.* (42, 1). *Hermog.* Contumaces non videntur, nisi qui cum obedire deberent non obsequuntur, id est, qui ad iurisdictionem eius, cui negant obsequi, pertinent. Ferner in Ferien *L. 1. § 1. D. de feriis* (2, 12); wer eine Leiche bestattet *L. 3. D. de in ius voc.* (2, 4). *Callistr. lib.* 1. *cognitionum* u. s. w.

98) S. Note 85.

99) *Paul.* V. 5ª. § 7. Trinis litteris vel edictis, aut uno pro omnibus dato, aut trina denuntiatione conventus nisi ad iudicem, ad quem sibi denuntiatum est, aut cuius litteris vel edicto conventus est, venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum iudicatarum obtinet. Ueber den ordo edictorum s. *L. 68—72. L. 55. D. de iudiciis* (5, 1). *L. 53. § 1. D. de re iud.* (42, 1).

100) *L. 73. pr. D. de iud.* (5, 1). *Ulp. lib.* 4. *de omnibus tribunalibus.* Et post edictum peremptorium impetratum, cum dies eius supervenerit, tunc absens citari debet. *L. 8. C. I. quomodo et quando iudex* (7, 43). — ter citatus. *cf. L. 10. D. de publ. iud.* (48, 1). *Gell.* XI. 1, 4.

verfahren und das Urtheil gesprochen [101]; jedoch nicht allemal gegen den Abwesenden, sondern je nach dem Resultat der Untersuchung und der daraus gewonnenen Ueberzeugung des Magistrats, also auch für den Abwesenden, wenn er eine gute Sache hatte [102]. Eignet sich die Sache dazu, so kann der Magistrat auch einen bloßen Wechsel der Partheirollen zum Nachtheil des Abwesenden durch Uebertragung des Besitzes eintreten lassen [103]. Ist die Parthei, welche die Ladung beantragt hat, nicht erschienen, so wird in der Regel der Termin aufgehoben (cognitio circumducitur) [104], ohne daß die erneuerte Klage ausgeschlossen wäre. Nur wenn auch der Gegner ein Recht gegen jenen verfolgt, kann er die einseitige Cognition und ein Urtheil beantragen [105]. Der Verlust der Sache ist also keineswegs

101) *L. 73. pr. cit.* et, sive responderit, sive non responderit, agetur causa et pronuntiabitur. *L. 7. pr. D. de in integr. rest.* (4, 1). *Marcell.* Divus Antoninus — rescripsit: — si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est *rel. L. 75. D. de iud.* (5, 1). *Iulian.* Si Praetor — ordine edictorum peracto pronuntiaverit absentem debere.

102) *L. 73. pr. cit.* non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet. *L. 27. § 2. D. de lib. causa* (40, 12). *Ulp. de officio Consulis.* Quodsi is, qui pro sua libertate litigat, desit, contradictor vero praesens sit, melius erit inaugeri (?) causam eius, sententiamque proferri. si enim liquebit, contra libertatem dabit. evenire autem potest, ut etiam absens vincat. nam potest sententia etiam secundum libertatem ferri. *L 24. D. de dolo malo* (4, 3). *L. 4. L. 40. C. I. de lib. causa* (7, 16). *L. 5. C. I. de ingen. man.* (7, 14). *L. 1. L. 8. C. I. quomodo et quando iudex* (7, 43).

103) *L. 8. C. I. quomodo et quando* (7, 43). *Diocl. et Max.* — vel ad cogendum eum, ut sese repraesentet, [vel] possessionem bonorum, cui incumbit, ad te transferre et adversarium petitorem constituere, vel auditis defensionibus tuis, id quod ratio iuris exigit, iudicare. *cf. L. 5. § 1. D. ut leg. serv.* (36, 3).

104) *L. 73. § 1. D. de iud.* (5, 1). *Ulp. de omn. trib.* Quodsi is, qui edictum peremptorium impetravit, absit die cognitionis, is vero, adversus quem impetravit, adsit, tum circumducendum erit edictum peremptorium: neque causa cognoscetur, nec secundum praesentem pronuntiabitur. § 2. Circumducto edicto, videamus, an amplius reus conveniri possit: an vero salva quidem lis est, verum instantia edicti periit? Et magis est, ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit.

105) *L. 27. § 1. D. de lib. causa* (40, 12).

die allgemeine Folge der Contumacia [106]). Das Urtheil gegen den Abwesenden kann abgewandt werden, wenn er rechtzeitig seine Abwesenheit entschuldigt [107]), und, wird es gesprochen, so ist es nur dann gültig, wenn die angegebenen Formen beobachtet und ihre Voraussetzungen begründet waren [108]). Auch ist in Integrum Restitutio dagegen möglich [109]).

Ist dagegen der geladene Gegner erschienen, so kann er die Einlassung auf die Sache noch ablehnen, z. B. indem er die Competenz des Magistrats bestreitet, eine Einrede, die nach der Einlassung nicht mehr zugelassen wird [110]); denn selbst eine Aenderung des Gerichtsstandes hebt dann die Competenz nicht mehr auf [111]). Die Einlassung (actionem, litem suscipere) [112]) ist aber hier nicht durch einen bestimmten Act, wie in dem ordo iudiciorum privatorum durch die Aushändigung und Annahme der Formula, bezeichnet, sondern muß aus dem Inhalt der ersten Erklärungen beider Partheien vor Gericht entnommen

106) *L. 53. pr. D. de re iud.* (42, 1). *Hermog.* Contumacia eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coërcetur, ist also nur bedingt wahr.

107) *L. 23. § 3. D. de appell.* (49, 1). *Pap.* — cum in eius potestate fuerit, ante diem praestitutum pro tribunali respondentem aut defensum edicti denuntiationem rumpere. *cf. L. 53. § 2. D. de re iud.* (42, 1).

108) *L. 53. § 3. L. 54. L. 59. § 3. D. de re iud.* (42, 1). *L. 10. C. I. quomodo et quando iudex* (7, 43). Dahin gehört auch, daß der Abwesende Kenntniß von dem peremptorischen Edict erhalten hatte *L. 1. § 3. D. quae sent. sine app.* (49, 8) und um dieß festzustellen, ihn dieser Ausrede zu berauben, konnte ihm eine Anzeige davon gemacht werden. S. *L. 23. § 3. cit.* Note 107. edicti denuntiatio. Nothwendig war diese an sich nicht.

109) *L. 7. pr. D. de in integr. rest.* (4, 1). *Marcell.* Divus Antoninus: — si citatus non respondit, — non sua culpa, sed parum exaudita voce praeconis.

110) *L. 52. pr. D. de iudiciis* (5, 1). *Ulp. lib.* 6. *fideicommissorum.* Sed et si suscepit actionem fideicommissi, et aliis defensionibus usus hanc omisit, postea, quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest.

111) *L. 19. pr. D. de iurisd.* (2, 1). *Ulp. lib.* 6. *fideicommissorum.* Cum quaedam puella apud competentem iudicem litem susceperat, — posteaque ad viri matrimonium alii iurisdictioni subiecti pervenerat *rel.* — si post susceptam cognitionem — hoc eveniet *rel.*

112) *L. 52. pr. cit. L. 19. pr. cit.* Sie wird auch litis contestatio genannt. *L. 35. § 1. D. de auro leg.* (34, 2). *cf. L. 20. § 6. D. de her. pet.* (5, 3).

werden [113]). Ja, insofern durch das Urtheil die Dauer des Prozesses unschädlich gemacht, also dem Kläger verschafft werden muß, was er haben würde, wenn er gleich nach erhobener Klage befriedigt worden wäre, auch alle während des Prozesses vorgekommene zufällige Ereignisse, z. B. der Tod einer Parthei, nichts ändern sollen, wird schon die Ladung des Beklagten (conventio) als Anfangspunkt des Prozesses betrachtet, damit es nicht in der Macht desselben stehe, durch Verzögerung der Einlassung den Kläger zu benachtheiligen [114]). Ist doch im Fall seiner Contumacia auch ohne seine Einlassung ein Urtheil möglich. Im Ordinarprozeß ist dieß nicht denkbar, und wenn in diesem der Beklagte vor dem Prätor erschienen ist, liegt es in dessen Hand, jeden widerrechtlichen Verzug zu verhindern.

Die weitere Verhandlung der Sache hat die Rechtsausführungen der Partheien, wobei Klage und Einrede, auch

113) Insofern kann man die Bestimmung der litis contestatio in der interpolirten *L. un. C. l. de lit. cont.* (3, 9). — cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit und Justinian's *L. 14. § 1. C. l. de iud.* (3, 1). — cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam, darauf anwenden. Keller cit. Note 970.

114) Zuerst in dem SC. Iuventianum in Bezug auf eine dem Fiscus zugefallene Erbschaft und die Leistungen des Besitzers *L. 20. § 6. D. de her. pet.* (20, 6), wo abwechselnd der Ausdruck ante litem contestatam und ante petitam hereditatem gebraucht, und letzteres durch: cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset, erklärt wird. *L. 25. § 7. eod. Ulp.* post motam controversiam omnes possessores pares fiunt; — coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere is qui interpellatur. Für die Vererblichkeit der Klage *L. 33. D. de obl. et act.* (44, 7). *Paul. lib. 3. decretorum.* Constitutionibus quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo. Für conventus s. *Paul.* V. 5a. § 7. Note 99. *L. 47. § 1. D. de re iud.* (42, 1). *L. 7. C. l. quomodo et quando iudex* (7, 43) u. s. w. Dagegen ist in *L. 45. D. de rei vind.* (6, 1). post conventionem identisch mit post litem contestatam. *cf. L. 1. C. l. quando libellus Principi datus litis contestationem faciat* (1, 20). *Arcad. et Honor.* a. 396. Dubium non est, contestationem litis intelligi, etiam si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae *rel.* ist nur eine weitere Entwicklung dieses Grundsatzes.

Widerklage vorkommen kann [115]), und die Beweise durch Geständniß, Zeugen, Eid, Urkunden, Localbesichtigung u. s. w. [116]) zum Inhalt. Durch mündliche Wechselreden der Partheien oder ihrer Sachwalter und Interlocute des Magistrats, wodurch er dem Einen oder dem Andern Beweis auflegt oder über einzelne Punkte entscheidet, setzt sich das Verfahren in Terminen ohne Schranke fort [117]), bis die Sache zum Endurtheil reif ist [118]). Nur ausnahmsweise, namentlich wenn die Cognitio nur eine andere gerichtliche Maßregel vorbereitet, soll auf unvollständigen Beweis (summatim cognoscere) erkannt werden [119]).

Das Urtheil wird in förmlicher Gerichtssitzung (pro

115) Exceptio doli *L. 34. § 2. L. 67. § 3. L. 69. § 3. D. de leg.* 2. (31), compensationis *L. 5. C. I. de compens.* (4, 31), Widerklage *L. 1. § 15. D. de extr. cogn.* (50, 13).

116) *L. 7. D. de confessis* (42, 2). *L. 3. D. de testibus* (22, 5). *L. 2. D. de fide instr.* (22, 4). S. die Lis Fullonum in folg. Note zu Ende. *L. 5. C. I. de reb. cred.* (4, 1).

117) S. lis fullonum Zeitschr. für gesch. RW. XV. S. 254. Bremer, Mus. f. Phil. XXI. S. 10. Interlocutiones Aeli Floriani, Herenni Modestini et Faltoni Restitutiani, Praefectorum vigilum perfectissimorum virorum. Florianus dixit: Quantum ad formam a me datam pertinet, quoniam me convenis (er scheint den Procurator Fisci anzureden), de hoc inprimis tractandum est. Ita interlocutum me scito esse hesterna die, docere partem diversam (nehmlich die Fullones oder Fontani) oportere: hoc ex sacra auctoritate descendere, ut pensiones non dependerentur. et respondit (nehmlich der Sachwalter der Fullones): se quibuscumque rationibus posse ostendere, hoc ex sacra auctoritate observari, et hodie hoc dicit (derselbe): ex eo tempore, inquit, ex quo Augustus rem publicam obtinere coepit, usque in hodiernum numquam haec loca pensiones pensitasse. Et infra Florianus dixit: vidi locum dedicatum imaginibus sacris. — Im Restitutionsprozeß kann zunächst über das Alter des Minderjährigen erkannt und dann die Cognitio über die Läsion fortgesetzt werden. *L. 39. pr. D. de min.* (4, 4).

118) Eine Zeitbeschränkung für die ganze Sache ist nur in einzelnen Fällen vorgeschrieben, z. B. für die Excusation vier Monate. *L. 39. D. de excusat.* (27, 1). Der Prozeß der Fullones dauerte zwar nach den erhaltenen Acten achtzehn Jahre, aber nur deshalb, weil er nach der rechtskräftigen Entscheidung im ersten Jahre mehrmals in derselben Instanz erneuert wurde. Vgl. Rudorff a. a. O. S. 262.

119) Vgl. *L. 5. § 8. D. de agn. lib.* (25, 3). *L. 1. § 14. D. de insp. ventre* (25, 4). *L. 3. § 1. D. ut in poss. leg.* (36, 4). *L. 3. § 4. D. de Carb. ed.* (37, 10). *L. 1. § 9. D. de stip. praet.* (46, 5).

tribunali) in Gegenwart der Partheien, nach Rücksprache mit dem Consilium, mündlich aus dem Concept verlesen [120]) und kann, nachdem es gesprochen ist, von dem Magistrat selbst nur in Nebenpunkten und an demselben Tage berichtigt werden [121]). Wenn er erhebliche rechtliche Zweifel hatte, so konnte er den Partheien erklären, er wolle an den Kaiser deshalb berichten. Er theilte ihnen dann seinen Bericht (relatio, consultatio) mit, sie reichten ihre Bemerkungen dazu schriftlich ein (libelli refutatorii), und mit diesen sandte er denselben an den Kaiser. Dieser entschied durch ein Rescript, gegen welches nur insofern appellirt werden konnte, als es auf falschen Voraussetzungen beruhte [122]).

Die Rechtskraft des Urtheils (auctoritas rei iudicatae) ist die gewöhnliche [123]), d. h. insofern nicht dagegen appellirt wird oder appellirt werden kann [124]), macht es unter den Partheien förmliche Wahrheit [125]). Die daraus entstehende Verpflichtung ist aber verschieden, je nach seinem verschiedenen Gegenstande; denn es kann auch auf den ursprünglichen Gegenstand der Klage gerichtet werden. Ist es eine Condemnation zu einer bestimmten Summe Geldes, so entsteht daraus die obligatio und actio iudicati [126]).

Auch die Ausführung des Urtheils (exsecutio sententiae)

120) S. oben § 80 Note 37, § 82 Note 31.

121) *L. 14. L. 42. L. 46. D. de re iud.* (42, 1). *cf. L. 1. § 27. D. de quaest.* (48, 18). *L. 27. pr. D. de poenis* (48, 19).

122) *Plin. Ep.* X. 66–68. *L. 11. § 2. D. de min.* (4, 4). *L. 1. §§ 1. 2. D. de app.* (49, 1). *L. 3. D. quando app.* (49, 4). *cf. L. 6. pr. D. de lege Fab. de plag.* (48, 15).

123) *Paul.* V. 5ᵃ. §§ 1. 7.

124) Z. B. weil es in contumaciam gesprochen ist. *Paul. cit.* § 7. Vgl. § 116 Note 27.

125) *L. 29. pr. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *Lis fullonum cit. vers.* 19. Modestinus dixit: si quid est iudicatum, habet suam auctoritatem; si est, ut dixi, iudicatum. *v.* 28. Florianus — sententiam de eo loco, *de quo cum maxime* queritur, protulit, *a qua provocatum* non est. et infra Restitutianus dixit: Modestinus quo*que secutus rem* a Floriano *iudicatam pensiones* exigi prohibuit. *et infra* Restitutianus *dixit: illut servabitur* fontanis, quod *obtinuerunt* aput suos iudices *rel.*

126) *L. 40. pr. L. 41. D. de min.* (4, 4). *L. 75. D. de iudiciis* (5, 1).

ist nach dem Zweck der Cognition eine verschiedene, allemal aber auch in der Hand des cognoscirenden Magistrats. Er kann z. B. die Herausgabe der vormundschaftlichen Verwaltung dem suspectus Tutor befehlen und sie durch die ihm zu Gebot stehenden Mittel erzwingen; desgleichen die Uebernahme derselben von Seiten des wegen seiner näheren Verpflichtung ernannten Tutors [127]). Ebenso die Herausgabe der verkauften Sache an den restituirten Minderjährigen [128]); die Restitution der hereditas fideicommissaria [129]), die Freilassung des Sklaven, aus welchem Grunde sie gefordert werden mag [130]) u. s. w. Geht das Urtheil auf Zahlung einer Summe Geldes, so bestimmt der Magistrat das tempus iudicati willkührlich [131]) und treibt das Geld dann durch Pfändung bei, deren Anwendung als eines extraordinären Executionsmittels auf Cognitionssachen um so weniger Bedenken hatte [132]). Ist nur über den Rechtspunkt im Allgemeinen erkannt, so konnte zum Behuf der Liquidation ein Arbiter ernannt werden [133]).

So bestanden also noch zu Anfang des dritten Jahrhunderts beide Formen des Verfahrens, der alte ordo iudiciorum privatorum und die prätorische Cognitio, neben einander, jene auf der Schwurgerichtsverfassung beruhend, die freilich inmitten der wachsenden Beamtendespotie und des erstorbenen Communallebens eine Anomalie war, und schon einzelne Symptome des

127) *L. 1. pr. D. de adm. tut.* (26, 7).

128) *L. 41. D. de min.* (4, 4).

129) *L. 4. D. ad SC. Trebell.* (36, 1).

130) S. Note 41. 48. 49. Nach dem SC. Rubrianum und den folgenden sollte im Fall der Contumacia des Erben der Sklave durch den Ausspruch des Richters frei werden. *L. 26. § 7. L. 33. § 1. L. 28. § 4. L. 51. §§ 4. 6. 7. D. de fid. lib.* (40, 5). *Paul.* IV. 13. § 3.

131) *L. 2. D. de re iud.* (42, 1).

132) *L. 13. D. de re iud.* (42, 1). *Callistratus lib. 2. de cognitionibus. L. 5. § 10. D. de agn. lib.* (25, 3).

133) *L. 7. D. de confessis* (42, 2). *L. 2. C. I. de sent. quae sine certa quaest.* (7, 46). Vgl. § 71 Note 89.

Verfalls zeigte. Im Lauf des dritten Jahrhunderts muß dieser Verfall durch Druck von oben und Unlust von unten reißend fortgeschritten sein, woraus es sich erklärt, daß gegen Ende desselben K. Diocletian, der ja überhaupt eine neue Zeit eröffnet, ein Gesetz erließ, worin er die Provinzialstatthalter, also die ordentlichen kaiserlichen Gerichtsobrigkeiten anweist, in den Sachen, in welchen sie bis dahin Judices pedanei bestellen mußten, regelmäßig selbst zu untersuchen und zu erkennen, und ihnen nur ausnahmsweise gestattete, wenn Ueberhäufung mit Staatsgeschäften oder die Menge der Rechtssachen ihnen dieß unmöglich mache, Judices zu geben, eine Erlaubniß, von der er jedoch die bis dahin schon bestehenden Cognitionssachen ausdrücklich ausschließt[134]. Die Judices pedanei waren dadurch zu Hülfsbeamten der Magistrate herabgesetzt, und das auf Theilung des Richtergeschäfts gegründete Verfahren seiner wesentlichen Grundlage beraubt.

134) *L. 2. C. I. de iud. ped.* (3, 3). *Diocl. et Max.* AA. et CC. Vicariis a. 294. p. Chr. Placet nobis, Praesides de his causis in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere: ita tamen, ut, si propter occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudices dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi convenit, ut in his etiam causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi iudices licentia eis permissa credatur. Eine viel geringere Bedeutung legt Rudorff cit. Note 64 diesem Gesetze bei.

Anhang.

Drei Reden des M. Tullius Cicero in Civilsachen.

§ 123. Eine lebendige Vorstellung von der Gerichtsverfassung und dem Prozeß eines Landes besitzt nur, wer gesehen hat, wie sie in der Anwendung auf Rechtsfälle wirken, am vollständigsten, wer selbst darin mitthätig geworden ist. Für vergangene Zeiten vertritt die schriftliche Aufzeichnung solcher Verhandlungen einigermaßen die Stelle der unmittelbaren Anschauung. Solche Actenstücke des römischen Civilprozesses vor Geschwornen sind Cicero's civilistische Reden*), die wir freilich gewohnt sind, wie seine übrigen Schriften, von einem ganz andern Standpunkte, nehmlich als Sprachdenkmale und Litteraturerzeugnisse zu betrachten, und für die Rechtsgeschichte etwa nur in einzelnen Stellen zu benutzen. Um jene Frucht davon zu ziehen, versuchen wir hier sie des Schmucks ihrer schönen Form zu entkleiden und eine juristische Analyse ihres Inhalts zu geben. Wir glauben damit auch den Philologen, von denen wir im Allgemeinen die Kritik und Erklärung des Textes entlehnen, einen Dienst zu erweisen, und wünschen, daß recht viele Juristen dadurch veranlaßt werden möchten, diese Meisterstücke antiker Beredtsamkeit einmal wieder zur Hand zu nehmen und im Zusammenhang zu lesen. Nur die Rede pro Tullio schließen wir aus, weil die in neuerer Zeit aufgefun-

*) Allerdings nur in der Form erhalten, wie er selbst sie nachher aufgeschrieben und überarbeitet hat. *cf. Ascon. Milon. p.* 42. *Orelli.* Manet autem illa quoque excepta eius oratio. Scripsit vero hanc, quam legimus, ita perfecte, ut iure prima haberi possit. Vgl. Drumann, Geschichte Roms nach Geschlechtern VI. S. 620.

denen Bruchstücke derselben zwar höchst schätzbare einzelne Notizen über den Prozeßgang, aber kein übersichtliches Bild desselben geben.

I.

Pro P. Quintio.

Diese Rede wurde nach dem Bericht des Gellius (XV. 28, 3.) von Cicero in seinem sechsundzwanzigsten Jahre, 673 d. St. (M. Tullio et Cn. Dolabella Coss.) gehalten. Damit stimmen auch die in ihr vorkommenden Daten überein [1]); und sie gehört nach Cicero's eigener Bemerkung (Brutus 90), daß er unter der Dictatur des L. Sulla zuerst in Civil- und Criminalsachen aufgetreten und daß die im folgenden Jahre gehaltene Rede pro Sex. Roscio Amerino die erste in einer Criminalsache gewesen sei, jeden Falls zu seinen ersten Versuchen, wenngleich er vor ihr schon in Civilsachen plädirt hatte [2]). Als ein junger Mann ohne alle politische Bedeutung durfte er es wagen, in beiden Sachen Schützlingen des gewaltigen Gebieters oder seiner Parthei entgegenzutreten und dadurch sich den Ruf eines eben so kühnen als beredten Vertheidigers der Unschuld zu erwerben [3]). Doch fand er es bald darauf

1) Im Januar des Jahres 671 u. c. Scipione et Norbano Coss. reist Quintius von Rom ab. *c.* VI. § 24. Zu den Iden des September desselben Jahres kehrt er dahin zurück, *c.* VII. § 29., und dann wartet Nävius noch 18 Monate, also bis zum März des Jahres 673, bevor er die vorliegende Sache anhängig macht. *c.* VIII. § 30.

2) *Cap.* I. § 4. quod mihi consuevit in ceteris causis esse adiumento. Daß die Rede für den P. Quintius durch die Größe des Objects nicht geeignet gewesen, des Redners Ruhm zu begründen, bemerkt *Dial. de orator. c.* 37.

3) *Cic. Brut.* 90. Itaque prima causa publica, pro Sex. Roscio dicta, tantum commendationis habuit, ut non illa esset, quae non digna patrocinio nostro videretur. *de off.* II. 14. Maxime autem et gloria paritur et gratia defensionibus: eoque maior, si quando accedit,

nöthig, angeblich aus Gesundheitsrücksichten, nach Plutarch aus Furcht vor der Rache des Allmächtigen, auf zwei Jahre Rom zu verlassen und die Schulen der Philosophie und Beredtsamkeit in Athen und Kleinasien zu besuchen[4]).

Die Rede ist uns, bis auf eine Lücke in dem zweiten Drittel, deren Inhalt wir aber aus der Partitio c. X. § 36. und der Repetitio c. XXIX. § 89. sicher ergänzen können, erhalten, so daß uns nichts fehlt, um Cicero's Darstellung des Falls vollständig kennen zu lernen. Die Einseitigkeit derselben macht freilich die Feststellung des wirklichen Thatbestandes auf mehreren Punkten kaum möglich. Um so wichtiger ist die Belehrung über die Rechtssätze und den Prozeßgang, sowie über die Behandlungsweise der Sachwalter, die wir daraus schöpfen können.

Statt aller andern Litterarnotizen verweise ich auf Keller's treffliche Bearbeitung, Semestria I. 1., der diese vollständig giebt. Auch mit kritischer Herstellung des Textes beschäftigt er sich, wovon ich auf einem entscheidenden Punkte Gebrauch machen werde.

A. Geschichtserzählung[5]).

1. C. Quintius, der Bruder des P. Quintius und Cicero's Clienten, ein vermögender Mann und guter Haushalter, hatte in Gallien bedeutende Güter angekauft, und sich für dieß Geschäft mit Sex. Nävius, der sich als Verwandter (er hatte seine Base zur Frau und Kinder von ihr) und als in Geschäften erfahrener Präco ihm empfehlen mochte,

ut ei subveniatur, qui potentis alicuius opibus circumvenire urgerique videatur, ut nos et saepe alias, et adulescentes contra L. Sullae dominantis opes pro Sex. Amerino fecimus: quae, ut scis, exstat oratio. In dieselbe Zeit fiel sein Plaidoyer vor den Decemvirn. *pro Caecina* c. XXXIII. § 97. — adolescentulus — Sulla vivo. Drumann cit. V. S. 215.

4) *Cic. Brut.* 91. *Plutarch.* 3. Vgl. Drumann cit. III. S. 82 folg. V. S. 232 folg.

5) *Cap.* III. § 11. bis *cap.* VIII. § 26.

associirt. Nachdem dieß Societätsverhältniß mehrere Jahre gedauert und C. Quintius mehrfach, wie Cicero versichert, gegen die Treue seines Gesellschafters Verdacht geschöpft hatte, starb er plötzlich in Gallien, wo Sex. Nävius grade gegenwärtig war. P. Quintius, den er zum Erben eingesetzt, reiste alsbald dorthin und verhandelte während eines Jahres mit Nävius vielfach in Societätsangelegenheiten, ohne daß dieser einen Anspruch gegen ihn erhob. Als Quintius nun, um eine nicht eben bedeutende Schuld, die der Bruder in Rom hinterlassen, zu berichtigen, die Versteigerung eigenthümlich ihm gehöriger Sachen in Narbonne vorbereitet, räth ihm Nävius davon ab, da er in Rom Geld disponibel habe, das ihm, Quintius, zu Gebote stehe. Nun reisen beide nach Rom, der Betrag der Schuld wird durch Vermittlung des C. Aquillius Gallus, des Geschwornen in der vorliegenden Sache, der dem Gläubiger, P. Scapula, und dessen Kindern und Erben befreundet war, nach dem Cours der gallischen Münze in Rom festgestellt, und Quintius steht nicht an, die Zahlung bestimmt zuzusagen (constituit), da Nävius ihm wiederholt das Geld versprochen hat. Allein zu seiner Ueberraschung verweigert es ihm dieser jetzt, wenn nicht zuvor eine vollständige Auseinandersetzung ihrer Societätsverhältnisse statt gefunden habe. Quintius muß nun bei seinen Gläubigern weitere Frist nachsuchen, abwesend die Versteigerung in Gallien vor sich gehen lassen und also unter nachtheiligeren Bedingungen seine Schuld abtragen.

2. Er fordert nun selbst den Nävius auf, zur Vermeidung jedes Rechtsstreits ihre Auseinandersetzung im Wege des Vergleichs zu bewirken; Nävius wählt einen Freund, M. Trebellius, Quintius den Sex. Alfenus zum Vermittler, denen es aber nicht gelingt die Partheien zu einigen. Die Sache muß also zur gerichtlichen Entscheidung gebracht werden; Termine (vadimonia) werden verabredet und wieder verschoben. Endlich erscheint Nävius in dem letzten Termin und erklärt: er habe in Gallien Versteigerung gehalten und seine Sachen so geordnet, daß die Societät ihm nichts mehr schulde; wolle Quintius als

Kläger gegen ihn auftreten, so verweigere er die Einlassung nicht. Quintius, dem es anliegt, nach seinen Angelegenheiten in Gallien zu sehen, läßt die Sache auch seiner Seits jetzt ruhen, sie gehen ohne erneuertes Vadimonium auseinander und er reist am vierten vor den Kalenden des Februar [6]) 671. u. c. (Scipione et Norbano Coss.) in Begleitung des L. Albius, der als Zeuge in dieser Sache auftritt, ab, nachdem er noch 30 Tage in Rom verweilt und alle andern Termine verschoben hat. Dieß freilich ist ein bestrittener Punkt, über den das Beweisverfahren entscheiden mußte.

3. Nävius, sobald er von einem Vertrauten, L. Publicius, der ihm Sklaven zum Verkauf aus Gallien zuführte und den Reisenden an der Küste von Volterra begegnet hatte, hört, daß Quintius weit sei, läßt seine Freunde und Zunftgenossen auf den folgenden Tag früh auf dem Forum, an einer bestimmten Wechslerbude, zusammenrufen, und bezeugt hier in einer von vielen angesehenen Männern besiegelten Urkunde, daß P. Quintius sich dem Vadimonium nicht gestellt habe, daß er aber zur Stelle sei. Dann geht er den Prätor Burrienus an und bittet unter Vorzeigung jener Urkunde, daß dieser ihn in den Besitz der Güter des P. Quintius einweise, um sie öffentlich feil zu bieten. Der Prätor erläßt das Decret, dessen edictmäßige Bedingungen ihm vorzuliegen scheinen, und Nävius ergreift nicht nur an den Sachen des Quintius in Rom Besitz und macht den Verkauf seiner Güter durch Anschläge an den besuchtesten Plätzen der Stadt öffentlich bekannt, sondern hat, wie sein Gegner wenigstens behauptet und beweisen will, schon zum voraus Anstalt getroffen, daß Quintius wenige Tage darnach aus dem gemeinschaftlichen Wald- und Weidegut in der Gegend von Lyon durch die gemeinschaftlichen Sklaven herausgeworfen werde [7]). Gegen diese Gewaltthat erläßt der

6) *Cap.* VI. § 24. Dagegen wird *c.* XVIII. § 57. pridie kal. Febr. als Tag der Abreise angegeben, daher die Lesart an der einen oder andern Stelle falsch sein muß. In der Sache macht es keinen Unterschied.

7) *Cap.* VI. § 28. *c.* XV. *sq.* §§ 79—82.

römische Commandeur in Gallien, C. Flaccus, auf des Quintius Anrufen scharfe Decrete, sei es weil ihm die Besitzeinweisung des Prätors nicht nachgewiesen werden konnte, oder weil diese nur das Recht auf Mitbesitz begründete[8]). In Rom tritt, durch jene Anschläge aufmerksam gemacht, der Freund und Procurator des Quintius, Sex. Alfenus, für ihn auf, wirft sie herunter, entreißt dem Nävius einen Sklaven, den dieser ergriffen hat, und erklärt, wenn er klagen wolle, sei er bereit die Defensio zu übernehmen. Nävius verlangt von ihm, als dem Vertreter des eigentlichen Beklagten, die gewöhnliche satisdatio iudicatum solvi. Dieser behauptet, sie zu bestellen sei er so wenig verpflichtet, als der Beklagte selbst. Der Prätor entscheidet nach der Stelle des Edicts gegen ihn, Alfenus ruft dagegen die Hülfe der Tribunen an, und M. Brutus erklärt, intercediren zu wollen, wenn die Partheien sich nicht einigten. Es wird ein Vergleich dahin getroffen, daß Alfenus den Quintius an den Iden des September zu gestellen promittirt[9]). Dieser kommt auch nach Rom und hält das Vadimonium ein; aber Nävius läßt noch anderthalb Jahre hingehen, ehe er die Sache wieder aufnimmt. Er mochte bei dem revolutionären Umschwung, als Ueberläufer von der Volkspartei zu der siegreichen Aristokratie, als Schmeichler und witziger Parasit seiner neuen hohen Gönner, sich erst deren Protection sichern wollen, ehe er einen neuen Angriff auf den guten Quintius, der seinen alten Freunden treu blieb, wagte[10]). In dieser Zeit der Unentschiedenheit muß es geschehen sein, daß er, Nävius, als jener sein und des Quintius Freund, Sex. Alfenus, der Proscription des Dictators L. Sulla (673) verfallen war, dessen Güter als

8) *Cap.* VII. § 28.

9) *Cap.* VII. § 29. *c.* XX. *sq.* §§ 65—67.

10) *Cap.* III. § 11. nennt er den Nävius neque parum facetus scurra, *cf. c.* XVII. § 55., und sagt ihm geradezu *c.* XXII. § 70. tu, postquam, qui tibi erant amici, non poterant vincere, ut amici tibi essent qui vincebant, effecisti, und anspielend *c.* XXX. § 93. Fatetur (*sc. Quintius*) se non belle dicere, non ad voluntatem loqui posse: non ab afflicta amicitia transfugere atque ad florentem aliam devolare.

Sector an sich kaufte und bei diesem Geschäft den Quintius als seinen Socius angab, es wird nicht klar, ob hinter seinem Rücken oder mit dessen Bewilligung [11]).

Dürfen wir nach diesen Thatsachen, so weit sie feststehen, und unter Ermäßigung dessen, was Cicero über die Personen der streitenden Theile sagt, ein Urtheil über sie fällen, so erscheint Quintius als ein schüchterner, schwacher und den bedeutenden und schwierigen Geschäftsverhältnissen, in die er als Erbe seines Bruders eintrat, keineswegs gewachsener Mann, und Nävius wird von dem Vorwurf nicht frei zu sprechen sein, daß er diese Schwäche und die Geschäftsfehler, die sein Gesellschafter beging, mißbraucht habe, um ihn in Verlegenheiten zu setzen und also möglichst viel von den gemeinschaftlichen Gütern an sich zu bringen. Eben dieß war auch wohl der Zweck des Rechtsstreits, den er, nicht über seine Ansprüche aus der Societät, sondern über einen für die Ehre und die gesammte bürgerliche Existenz des Quintius verderblichen Nebenpunkt anhängig machte. Etwas ganz anderes als diese moralische ist freilich die rechtliche Beurtheilung der Sache.

B. Prozeßgeschichte.

1. Als nehmlich, nach Verlauf von 18 Monaten, Nävius endlich seine Klage vor dem Prätor Cn. Dolabella in Gegenwart des Quintius anbringt [12]) und das Judicium angeordnet werden soll, trägt er darauf an, daß dieser, weil seine Güter schon einmal besessen und zum Verkauf ausgeboten worden,

11) Zur Ehre des Quintius möchte man ersteres glauben. *Cap.* XXII. § 70. Alfenus cum iis et propter eos periit, quos diligebat. *c.* XXIV. § 76. Hier wird die hereditaria und diese neue voluntaria societas ausdrücklich unterschieden. *c.* XXIX. § 88.

12) Aus dem Societätsverhältniß (also die actio pro socio) sollten auch andre Schuldverhältnisse zwischen ihm und P. Quintius bestanden haben; denn nur daraus erklärt sich die freilich unbegründete Forderung der Rechtsfreunde des Quintius Note 15; auch sagt es Cicero ausdrücklich *c.* XIII. § 43. De rationibus et controversiis societatis vult diiudicari.

also als Bankerottirer und persona suspecta, satisdatio iudicatum solvi bestelle[13]). Quintius weigert sich dieß zu thun, weil er damit einräume, daß seine Güter mit Recht besessen und feil geboten worden, sich also seine bürgerliche Ehre, sein Vollbürgerrecht absprechen würde[14]). Seine Beistände verlangten, daß dann auch Nävius, gegen welchen Quintius seine Gegenforderungen in demselben Judicium geltend zu machen im Begriffe stand, der also Kläger und Beklagter zugleich sei, dieselbe Caution bestellen solle[15]). Darauf ging der Prätor natürlich nicht ein, da ein ähnlicher specieller Grund der Sicherheitsleistung in der Person des Nävius nicht einmal behauptet wurde. Aber die bestrittene thatsächliche Voraussetzung der Cautionsforderung in der Person des Quintius verlangte Untersuchung, für welche der Prätor, da er selbst sich damit nicht befassen konnte, mittelst einer Sponsion ein Präjudicium anordnete.

Bis dahin war Alles völlig in Ordnung. Es fragte sich aber, wem von beiden Theilen die Sponsion und damit der erste Beweis aufzuerlegen sei? Im Allgemeinen betrachtet natürlich dem, der den Antrag auf Satisdation gestellt und sie durch jene positive Behauptung unterstützt hatte, dem Nävius; und dagegen hätte Quintius nichts eingewandt[16]). Der Prätor Cn. Dolabella aber legte per decretum diesem die Sponsion:

13) *Cap.* VIII. § 30. — a Cn. Dolabella denique Praetore postulat, ut sibi Quintius satisdaret, ex formula: QUOD AB EO PETAT, CUIUS EX EDICTO PRAETORIS BONA DIES XXX POSSESSA SINT.

14) *Cap.* VIII. § 31. Clamat porro ipse Quintius, sese idcirco nolle satisdare, ne videretur iudicasse, bona sua ex edicto possessa esse.

15) *Cap.* VIII. § 30. Recusabant qui tunc aderant Quintio: demonstrabant, de re iudicium fieri oportere, ut uterque inter se (= *alter alteri*), aut neuter satisdaret: non necesse esse famam alterius in iudicium venire. Dasselbe Verlangen stellt auch noch Cicero *c.* XIII. § 44. *c.* XXVIII. § 85. und erwähnt die Gegenforderungen des Quintius *c.* XXIII. § 74. Hierdurch wird bestätigt, daß das iudicium pro socio ein iudicium duplex sein konnte. S. oben § 100 Note 26.

16) *Keller cit. p.* 25. Note 32 bezieht hierauf die Worte *c.* VIII. § 30. Non recusabat Quintius, quin ita satisdare (*et sponsionem facere*) iuberet, SI BONA POSSESSA ESSENT EX EDICTO.

SI BONA SUA EX EDICTO BURRIENI PRAETORIS DIES XXX POSSESSA NON ESSENT, und damit den Beweis dieser Negative auf [17]). Dagegen protestirte zwar Quintius; aber der Prätor blieb bei seiner Verfügung, befahl ihm, die Satisdation oder diese Sponsion zu bestellen, und ließ unterdessen seine widerstrebenden Beistände vom Tribunal wegtreiben [18]). Mit welchem Recht Alles dieß, werden wir später sehen. Hier ist nur zu bemerken, daß die Sponsion, die Quintius bestellte, weil nicht pönal, sondern nur präjudicial, auf eine beliebige unbedeutende Summe gerichtet, und daß aus demselben Grunde eine Restipulation von Nävius nicht bestellt wurde [19]).

2. Des Quintius Hoffnung beruhte nun nur noch auf dem günstigen Ausgang dieses Präjudiciums, in welchem er als Kläger aus der Sponsion nach der Formel: SI PARET SEX. NAEVIUM P. QUINTIO HS. * DARE OPORTERE, auftreten mußte; und dieser Ausgang hing von einem ihm günstigen oder doch unpartheiischen Geschwornen und einem geschickten Sachwalter ab, von denen er erwarten durfte, daß sie sich durch die mächtigen Gönner seines Gegners und deren Parthei weder schrecken noch gewinnen lassen würden. Zum Geschwornen wählte er den

17) *Cap.* VIII. § 30. Decernit: — Iubet P. Quintius sponsionem cum Sex. Naevio facere: SI BONA SUA EX EDICTO P. BURRIENI PRAETORIS DIES XXX POSSESSA NON ESSENT. *Keller cit. p.* 2. nimmt eine causae cognitio an, ohne Zweifel weil pro tribunali ein decretum interponirt wurde. S. oben § 80 Note 37. Allein auch andre Verfügungen, z. B. die Interdicte, werden decreta genannt und pro tribunali, aber ohne causae cognitio erlassen. S. oben § 98 Note 24. 82. Zu einer solchen war auch hier keine Veranlassung; der entscheidende Umstand, die thatsächliche Verfügung der missio in bona durch den Prätor Burrienus wurde nicht bestritten; auch wird sie mit keiner Silbe angedeutet.

18) *Cap.* VIII. § 31. Clamabat — Quintius —: sponsionem porro si istiusmodi faceret, se (id quod nunc evenit) de capite suo priore loco esse dicturum. Dolabella (quemadmodum solent homines nobiles: seu recte, seu perperam facere coeperunt, ita in utroque excellunt, ut nemo nostro loco natus assequi possit) iniuriam facere fortissime perseverat: aut satisdare, aut sponsionem iubet facere; et interea recusantes nostros advocatos acerrime summoveri.

19) *Cap.* IX. § 33. Iudicium esse, C. Aquilli, non de re pecuniaria, sed de fama fortunisque P. Quintii vides. *cf. Gai.* IV. § 94.

als Rechtsgelehrten berühmten C. Aquillius Gallus, den um seines Ansehens willen auch Nävius nicht zu recusiren wagte [20]), und der drei angesehene, rechtskundige Männer, L. Lucilius Balbus, P. Quintilius und M. Marcellus, als Beisitzer zuzog [21]). Zum Patron hatte er Anfangs den M. Junius genommen, den Cicero als einen geübten Redner bezeichnet; und an dessen Stelle trat Cicero selbst, als Jener in öffentlichen Geschäften versandt wurde [22]). Die Sache des Nävius aber führte der berühmteste Redner vor Cicero, Q. Hortensius, unter Assistenz des noch älteren L. Philippus [23]) und einer zahlreichen Advocatio vornehmer Männer [24]).

Auch in den früheren Verhandlungen vor den Geschwornen, in denen M. Junius mehrmals und Hortensius geredet hatte, war von der Sache selbst die Rede gewesen [25]). C. Aquillius mochte sich noch nicht hinreichend instruirt erachten und deshalb mit Aussetzung des Urtheils einen weiteren Termin ansetzen. Hortensius beschuldigte seinen Gegner, daß er die Sache absichtlich in die Länge gezogen und versuchte nun, indem er den Geschwornen, C. Aquillius, vor den Prätor führte, von diesem zu erlangen, daß er den Rednern eine bestimmte Stundenzahl vorschriebe. Aquillius aber hatte, weil die Leitung der Verhandlung ihm als Geschwornen allein zukomme, dieß zurück-

20) *Cap.* IX. § 32. Te iudicem, C. Aquilli, sumpsit: ex sponso egit. Es ist hier, wie in andern Fällen, von der möglichen Recusation des Judex nicht die Rede.

21) *Cap.* XVII. § 54. *c.* II. § 5. nennt sie Cicero viri electissimi civitatis, *c.* XVI. § 53. bezeichnet er den Aquilius und Lucilius als Rechtsgelehrte, die Nävius hätte consultiren können. *cf. Cic. Brut.* 42. Daß Quintius seine ganze Hoffnung auf das so componirte Gericht setze, spricht er oft aus.

22) *Cap.* I. § 3. *c.* X. § 34.

23) *Cap.* XXII. § 72. (*Naevius*). Pro me pugnabit L. Philippus, eloquentia, gravitate, honore florentissimus civitatis. *c.* XXIV. § 77. attente auditurus Philippus. *c.* XXVI. § 80. si Crassi omnes cum Antoniis existant, si tu, L. Philippe, qui inter illos florebat, hanc causam voles cum Hortensio dicere. Vgl. *Cic. Brut.* 50. 57.

24) *Cap.* XIV. § 47. *c.* XXII. § 72.

25) *Cap.* I. § 3. M. Iunius, qui hanc causam, Aquilli, aliquoties apud te egit. *c.* X. § 34. ab eo, qui ante dixit, informata iam causa est. *c.* XXI. § 68. Hortensium, quia nuper iniecit.

gewiesen. Cicero verspricht in seinem Hauptplaidoyer (peroratio), zu dem er sich anschickt, kurz zu sein, so daß er die Fällung des Urtheils, natürlich erst nach der Erwiderung des Hortensius, dem Zeugenverhör und der Schlußverhandlung, (altercatio), nicht länger aufhalten wolle [26]. Wenn er öfters darauf zurückkommt, daß dieser Rechtsstreit schon zwei Jahre dauere, so rechnet er von den Iden des September des Jahres 671. u. c., dem Termin, zu dem sich Quintius in Rom stellte, bis zur Gegenwart, dem Frühjahr oder Sommer 673, wo erst unlängst die Instruction vor dem Prätor stattgefunden; weder diese noch das Judicium war also von ungewöhnlicher Dauer [27]).

3. Eben jene Rede Cicero's, des klägerischen Sachwalters, die in der Hauptverhandlung die erste Stelle einnahm, besitzen wir, weil er selbst sie gelungen genug fand, um sie nachher aufzuschreiben und also für die Mit- und Nachwelt zu erhalten. Sie ist ein Beispiel der Anordnung, die er selbst und spätere Lehrer der Redekunst als die regelmäßige bezeichnen [28]).

Im Exordium (*c.* I. II. §§ 1—10.) sucht der Redner die besondere Theilnahme des Geschwornen und seiner Beisitzer dadurch für seinen Clienten und sich zu gewinnen, daß er seine ungünstigere Lage hervorhebt, ungünstiger, weil die größere Beredtsamkeit und die Unterstützung mächtiger Gönner dem Gegner zur Seite stehe; weil er, da er erst kürzlich die Sache übernommen, durch Fleiß nicht habe ersetzen können, was ihm

26) *Cap.* IX. *sb.* §§ 33. 34. *c.* XXII. § 71. im Namen des Hortensius: Dicendum necessario est: praestituendae sunt horae ad arbitrium nostrum: iudex ipse arcebitur.

27) Hiernach ist oben § 80 Note 68 zu berichtigen.

28) *Cic. de invent.* I. 14. zählt sechs Theile auf: exordium (*c.* 15—18.), narratio (*c.* 19—21.), partitio (*c.* 22. *sq.*), confirmatio (*c.* 23—41.), reprehensio (*c.* 42—51.), conclusio (*c.* 52—56). *Quintil. Inst. or.* IV. *pr.* § 6. fünf: 1) Principium oder exordium (*c.* 1.). 2) Narratio (*c.* 2.). 3) Partitio (*c.* 5.). 4) Confirmatio (*c.* 4.) mit Einschluß der probatio (V. *c.* 1—12.) und refutatio (*c.* 13. *sqq.*). 5) Conclusio oder peroratio in diesem Sinne, welche aus der repetitio (VI. 1, 1—6.) und dem an die Gefühle (affectus) des Richters sich wendenden epilogus (§ 7. *sqq.*) besteht.

an Talent abgehe; endlich weil ihm durch die ungerechte Anordnung des Judiciums die schwierige Aufgabe gestellt sei, die Negative der die bürgerliche Existenz seines Clienten bedrohenden Anklage, noch ehe diese begründet worden, zu beweisen.

Die Narratio (c. III. § 11. bis c. IX. § 32) enthält die Geschichtserzählung und Prozeßgeschichte, wie wir sie oben gegeben haben, natürlich vom Standpunkt des Klägers.

In der Partitio, die er der Gewohnheit des Hortensius folgend dießmal nützlich findet (c. X. §§ 35. 36), kündigt er den Plan seiner Rede an. Die Behauptung, über welche die Sponsio gemacht ist, nehmlich daß die Güter des P. Quintius (von Sex. Nävius) nicht nach Vorschrift des Edicts (30 Tage) besessen worden, will er dadurch beweisen, daß er zeigt: a) Nävius habe keinen Grund gehabt, die Einweisung in den Besitz der Güter zu beantragen (causam non fuisse, cur postularet); b) er habe nach Vorschrift des Edicts, also rechtlich, die Güter des P. Quintius nicht besitzen können (ex edicto possidere non potuisse); c) er habe sie thatsächlich weder edictsmäßig, noch überhaupt besessen (non possedisse).

In dem Hauptthei, der Confirmatio oder Probatio der eigenen Behauptungen und der Refutatio der gegnerischen, zeigt er also:

a. daß ein Grund, die Einweisung in den Besitz der Güter des Quintius vom Prätor zu verlangen, für Nävius nicht vorgelegen:

1) weil dieser ihm weder aus der Societät noch sonst etwas schuldig gewesen sei (c. XI. § 37. bis c. XIV. § 47.). Des Nävius eigenes Geständniß dieses Umstandes folgert er daraus, daß dieser, als er nach dem Tode des C. Quintius mit P. Quintius über ein Jahr in Gallien, dem Ort der gemeinsamen Verwaltung, der Rechnungen und Scripturen, zusammen gewesen, seine angeblich bedeutenden Forderungen mit keinem Wort geltend gemacht; in Rom, als er sie zuerst angeregt, den Quintius durch Verschiebung der Termine hin-

gehalten, den letzten Termin aufgehoben und nachdem er abgereist, sich seiner Güter zu bemächtigen versucht; dann als Quintius sich seiner Klage wieder gestellt, mit derselben anderthalb Jahre gewartet; endlich nicht diese Klage aus der Societät, zu deren Annahme unter gleichen Bedingungen Quintius bereit sei, angestellt habe, sondern nur durch die ungerechteste Behauptung seine bürgerliche Existenz zu vernichten suche. Durch Alles dieses bekenne Nävius, daß Quintius ihm aus der Societät nichts schulde. Aber auch wenn dieß der Fall wäre, würde es für sich allein den Antrag auf Einweisung in die Güter nicht begründen [29]). Deshalb behaupte Nävius:

2) Quintius habe das ihm bestellte Vadimonium nicht eingehalten (*cap.* XIV. § 48. bis *c.* XVIII. § 59.). Ehe Cicero auf die entscheidende Frage, ob ein solches Vadimonium bestellt worden, eingeht, sucht er

1) wieder auf das Gefühl des Geschwornen und seiner Beisitzer zu wirken, indem er zeigt, wie gehässig Nävius gehandelt, indem er nicht, wie vorsichtige und wohldenkende Männer selbst nach wiederholt erfahrner Täuschung zu thun pflegten, erst die Freunde des Abwesenden angegangen, sich erkundigt, wer sein Bevollmächtigter sei, endlich Anzeige in seinem Hause gemacht, sondern sofort die gerichtliche Einweisung in den Besitz, und zwar gegen einen Verwandten und Socius, durch welche dessen Vermögen und ganze Persönlichkeit aufs Spiel gesetzt werde, verlangt habe. Dann

2) leugnet er, daß überhaupt ein Vadimonium bestellt worden sei. Nävius habe als Datum desselben die Nonen des Februar angegeben. Quintius erinnere sich aber und sein Tagebuch bestätige es, schon am vierten vor den Kalenden des Februar von Rom abgereist zu sein. Sein Reisegefährte, L. Al-

29) Wir haben oben § 106 zu zeigen versucht, daß die Missio in Bona auch ohne Vadimonium die Stelle der unmöglichen in ius vocatio vertrete, das Vadimonium aber den summarischen Nachweis eines Schuldverhältnisses ersetzt habe. Ist dieß richtig, so ist Cicero's Behauptung schief.

bius, und ihre beiderseitigen Angehörigen, sowie des Quintius Schrift würden dieß bezeugen, und mit dem Abstipulator des Nävius, den er als Zeuge angemeldet, confrontirt werden.

b. Nach dem Edicte des Prätors, also von Rechtswegen habe die Einweisung in den Besitz der Güter des Quintius nicht stattfinden können (c. XIX. § 60. bis XXVII. § 85.), d. h. keine der in dem Edict verzeichneten Bedingungen derselben sei in der Person des Quintius vorhanden gewesen. Dieß veranlaßt Cicero die betreffenden Stellen des Edicts verlesen zu lassen, deren keine im vorliegenden Falle zutreffe, auch nicht die: QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITARIT; denn Quintius sei nicht um seinen Gläubigern zu entgehen, sondern in seinen Geschäften und mit Hinterlassung eines Bevollmächtigten von Hause gereist. Nur die Stelle: QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT[30]) komme in Frage, die aber, wie er nun ausführlich zu beweisen sucht, thatsächlich die Einweisung auch nicht rechtfertige, weil der allerdings damals abwesende Quintius gehörig vertreten worden sei. Er prüft diese Vertretung (defensio) nach ihren Erfordernissen.

1) Quo tempore? (§§ 60. 61). Nicht zur Zeit der Postulatio, da Niemand diese habe ahnen können; da auch Niemand ein Interesse habe zu widersprechen, weil der Prätor dabei nicht causa cognita entscheide, sondern auf einseitigen Antrag nach dem Edict, d. h. unter Voraussetzung des Vorhandenseins seiner Bedingungen, die Einweisung in den Besitz ertheile. Also erst nachdem die Güter öffentlich zum Verkauf ausgeboten wurden, und da sei Sex. Alfenus, der Procurator des Quintius, für ihn aufgetreten.

2) Quomodo? (§§ 60. 61). Er habe die Anschläge herabgerissen; einen Sklaven, den Nävius auf der Straße ergriffen, mit Gewalt ihm abgenommen und in des Quintius Behausung führen lassen; die Forderung des Nävius bestritten und sich

30) Nach der Ergänzung des *Keller cit.* § 2, dessen Lesart Hotomannus und Lambinus. Vgl. *p.* 68. ich annehme.

bereit erklärt, ihm Vadimonium zu bestellen oder ihm sofort vor Gericht zu folgen und das Judicium zu übernehmen.

3) Quis? (§ 62). Sex. Nävius, römischer Ritter, wohlhabend und geordnet in seinen Geschäften, endlich der, den Nävius selbst, wenn er nach Gallien reiste, zum Procurator zu bestellen pflegte.

4) Cum satisdatione? (§§ 63—67). Mit Unrecht habe Nävius von einem Solchen noch Bürgschaft verlangt, und als der Prätor sie ihm dennoch per decretum auferlegt, habe er zwar die Volkstribunen angerufen; aber unmöglich könne der für indefensus gelten, der sich an diese zum Schutz des Rechts bestellte Magistratur wende. Auch habe M. Brutus seine Intercession zugesagt, wenn die Partheien sich nicht verglichen. Alfenus habe seine Bereitwilligkeit zur Uebernahme des Judiciums nochmals feierlich vor Zeugen erklärt und dieß urkundlich besiegeln lassen; endlich durch ein Vadimonium, welches Nävius angenommen, das Erscheinen des Quintius zu bestimmter Zeit versprochen. Was noch mehr zur Vertheidigung eines Abwesenden geschehen könne, sei nicht abzusehen.

5) Auch der Einwand des Hortensius, daß Nävius damals unter der Herrschaft der demokratischen Parthei, zu welcher Alfenus gehörte, kein Recht habe finden können, sei nichtig (§§ 68—73); denn er selbst, Nävius, habe den Alfenus in seinem Hause zu diesen Gesinnungen erzogen und damals als Freund jener gewaltthätigen Parthei dieselben Männer bekämpft, die jetzt, nachdem er zu ihnen übergelaufen, ihn in dieser Sache so eifrig unterstützten. Er versäumt nicht bei dieser Gelegenheit auszuführen, wie viel ungünstiger jetzt für Quintius, als damals für Nävius, die Partheieinflüsse gewesen seien.

c. Nävius habe thatsächlich die Güter des Quintius nach dem Edicte nicht besessen (c. XXIII. § 73. bis XXVII. § 85). Dieß folgert der Redner daraus:

1) daß die Bürgen und andere Gläubiger des Quintius nicht wie sonst, im Fall des Concurses, zusammengetreten und auf Verkauf der Güter angetragen hätten, vielmehr seien die

Geschäftsfreunde des Quintius noch jetzt bereit, seine Vertheidigung zu unterstützen. Ob aber glaubwürdige Zeugen das Gegentheil bekunden könnten, wolle er erwarten (§§ 73—75);

2) daß Nävius selbst die Sache nicht weiter verfolgt, die Güter des Quintius nicht wirklich verkauft habe (§ 76).

3) Ja, er habe nach jener Zeit, als er die Güter des proscribirten Sex. Alfenus angekauft, den Quintius als seinen Socius in diesem Geschäft angegeben, also damit selbst bekannt, daß dieser nicht ein des Vertrauens unwürdiger Bankerottirer sei (§ 76)[31].

4) Zwei Tage nachdem Nävius die Einweisung in den Besitz erbeten, sei Quintius von dessen Leuten aus dem gemeinschaftlichen Grundstück in Gallien gewaltsam herausgeworfen worden. Jener müsse also, da die 700 Meilen von Rom dahin in 2 Tagen nicht zurückgelegt werden könnten, wenigstens 30 Tage zuvor dazu schon Auftrag gegeben haben. Cicero flicht hierbei als eine die Zuhörer erfrischende Episode das Gespräch mit dem Schauspieler Q. Roscius, dessen Schwester im Hause des Quintius lebe[32], ein, in welchem dieser ihn zur Uebernahme des Patronats durch Mittheilung dieser Thatsache und die Versicherung, daß er damit die beredtesten Gegner schlagen könne, ermuthigt habe. Aus dieser Thatsache aber werde klar, daß Nävius nicht ex edicto besessen, sondern nur seinen Gegner habe berauben wollen (§§ 77—83).

5) Das Edict, dessen hierher gehörige Stelle wieder verlesen wird, gewähre dem Eingewiesenen nicht den ausschließlichen Besitz der Güter, sondern nur so viel zu ihrer Bewahrung nöthig sei, und verbiete ausdrücklich die Vertreibung des Dominus; da Nävius sich diese erlaubt, habe er nicht dem Edict

31) Die Rechtsconsulenten des Cicero mochten bei Angabe dieses Grundes an den bekannten Satz denken, daß eine Societät durch den Concurs eines Socius selbst ipso iure aufgelöst werde.

32) § 77. cuius soror est cum P. Quintio. Da Cicero ihr den Ehrentitel uxor versagt, so war sie wohl eher des Quintius Haushälterin oder Concubina.

gemäß besessen (§§ 84. 85). Die hier eintretende Lücke der Handschrift ergänzen wir aus der Repetitio:

6) Das Edict verlange den Besitz aller Güter des Schuldners; Nävius habe das Haus des Quintius in Rom, seine Sklaven, einen ausgenommen, seine Privatgrundstücke in Gallien nicht einmal versucht in Besitz zu nehmen, und selbst an jenem gemeinschaftlichen Forstgut habe er nicht Besitz erworben, da die gemeinschaftlichen Sklaven darin geblieben seien (*c.* XXIX. §§ 89. 90). (Widerspruch mit 5).

Hieran schließt sich dann die Repetitio seiner Beweisführung (*c.* XXVIII. *sq.* §§ 85–90.) und der Epilog (*c.* XXX. *sq.* §§ 91–99.), in welchem er das Mitleid der Richter für seinen Clienten, als einen sechzigjährigen, einfachen Landmann von alter Art und Sitte, der die mächtigen Freunde seines übermüthigen Gegners und diesen selbst fußfällig, aber vergeblich um Erbarmen angefleht, zu erwecken sucht und sie beschwört, ihn vor dem bürgerlichen Untergang zu bewahren.

4. Die Gegenrede des Hortensius construiren zu wollen, wäre ein verwegenes und thörichtes Unternehmen. Aber lehrreich muß die Untersuchung sein, was vom Standpunkt des Nävius den nicht ganz frivolen Behauptungen des Cicero (denn diese übergehen wir) mit Grund entgegengesetzt werden konnte[33]).

Auf die Beschwerde im Exordium, das Judicium sei ungerechter Weise zum Nachtheil des Quintius angeordnet, war zu erwidern: da die thatsächliche Einweisung des Nävius in dessen Güter zugestanden werde, für die Rechtmäßigkeit des prätorischen Decrets aber die Präsumtion streite, so liege Jenem der Beweis, daß dasselbe widerrechtlich gewesen oder wieder aufgehoben worden, ob, und die Sponsion habe so, wie geschehen, bestellt werden müssen[34]).

33) So auch *Keller cit. p.* 146. *sqq.* in Bezug auf den Hauptpunkt, ob die Defensio des Alfenus genügend gewesen.

34) Vgl. *L. 30. D. de reb. auct. iud. poss.* (42, 5) oben § 97 Note 9.

Der Beweisführung in der Sache selbst aber konnte entgegen gehalten werden:

ad a. 1) Schuldner des Nävius, nehmlich zur Auseinandersetzung aus dem Societätsverhältniß verpflichtet, sei Quintius jeden Falls gewesen, und wenn er sich derselben nicht durch seine Entfernung von Rom entzogen hätte, würde sich das überschießende Credit des Nävius schon ergeben haben. Mehr aber als ein solcher Anspruch sei zur Begründung des Antrags auf Missio in Bona nicht nothwendig. Die Erneuerung seiner Klage auf Auseinandersetzung aber habe er nach der Rückkehr des Quintius achtzehn Monate verschoben, weil er in der revolutionären Zeit erst nach hergestelltem Frieden Recht zu finden hoffen durfte.

ad 2) Die Aufhebung des mit Quintius verabredeten Termins vor dessen Abreise leugne Nävius, behaupte vielmehr die Erneuerung des Vadimoniums und werde sie durch das Zeugniß seines Adstipulators beweisen.

ad b. Insofern die Rechtsgültigkeit der ertheilten Missio in Bona von dem Vorhandensein ihrer edictmäßigen Bedingungen abhänge, werde das Zeugenverhör ergeben:

1) ob nicht dennoch Quintius nur unter dem Vorwand seiner gallischen Geschäfte, wirklich aber um sich den Ansprüchen des Nävius zu entziehen, also fraudationis causa, Rom verlassen habe [35]).

2) Sei jeden Falls die Defensio des Alfenus eine unvollständige gewesen, weil ohne satisdatio iudicatum solvi, die nach ausdrücklicher Vorschrift des Edicts jeder Vertreter des Beklagten beschaffen müsse. Die Intercession der Volkstribunen könne daran um so weniger etwas ändern, als sie nicht wirklich stattgefunden [36]). Durch das mit Alfenus ein-

35) Cicero geht allerdings über diesen Punkt leicht weg und legt das Hauptgewicht auf die andre Stelle des Edicts: qui absens iudicio defensus non fuerit. *c.* XIX. § 60. *sqq.* Allein *c.* XXIII. § 75. macht er sich auch auf diese Behauptung der Gegner und deren Beweis gefaßt.

36) Ob Hortensius gewagt hätte,

gegangene Vadimonium aber habe Nävius auf seine Rechte aus der Missio nicht verzichtet, sondern nur die von M. Brutus gedrohte Intercession, also die Aufhebung derselben abwenden wollen; auch sei er nur der Uebermacht der damals herrschenden Parthei gewichen.

ad c. 1) Ob nicht auch andere Gläubiger damals gegen Quintius aufgetreten, auch das werde das Zeugenverhör ergeben.

ad 2) Der wirklich vollzogene Verkauf der Güter sei nicht nothwendig, um den Schuldner zur persona suspecta zu machen und ihn bei jedem späteren Anspruch zur Stellung der satisdatio iudicatum solvi zu verpflichten; denn das Edict verlange nur, daß seine Güter dreißig Tage lang besessen worden seien.

ad 3) Die neue Societät mit Quintius sei er eingegangen in Hoffnung befriedigender Auseinandersetzung mit ihm über die frühere; die rechtliche Lage seines Schuldners aber sei dadurch nicht gebessert worden.

ad 4 und 5) Wenn Quintius beweisen könne, daß Nävius ihn mit Gewalt aus dem Besitz jenes Grundstücks vertrieben, so möge er deshalb in separato mit dem interdictum de vi gegen ihn auftreten; auf die vorliegende Frage habe dieser Umstand keinen Einfluß.

ad 6) Ueberhaupt komme es auf wirkliche Besitzergreifung, deren Natur und Umfang nicht an [37]), sondern nur darauf,

die rechtliche Wirkung der wirklich vorgekommenen Intercession des Volkstribunen geradezu anzugreifen oder zu behaupten, daß auch in diesem Fall es an einer iusta defensio gemangelt habe, wie *Keller cit.* annimmt, ist mir doch zweifelhaft; mit Recht konnte er es gewiß nicht. Grundsätzlich mußte sie die rechtlichen Wirkungen des prätorischen Decrets aufheben.

37) Rücksichtlich des Umfangs ist mir dieß unzweifelhaft; aber auch der Besitz des Missus selbst ist ja nicht juristischer, auch nicht ausschließende Detention, überhaupt juristisch unbestimmbar; es ist ihm vom Prätor nur das Recht eingeräumt, für die Bewachung (custodia) der Masse zu sorgen, und in den dazu nöthigen Maßregeln wird er durch das Interdict ne vis fiat geschützt. Zu Cicero's Zeit freilich scheint die Jurisprudenz darüber noch nicht

ob der Prätor die Erlaubniß dazu ertheilt und ob der dadurch begründete Rechtszustand dreißig Tage gedauert habe. Dieß aber sei hier der Fall: denn die Verfügung des Prätor Burrienus sei nie zurückgenommen und es seien selbst Jahre seitdem verstrichen.

5. Das Urtheil, welches in Folge des Zeugenverhörs und der Altercatio der Redner C. Aquillius nach dem Rath seiner Beisitzer gefällt hat, kennen wir nicht [38]). Doch darf mit Rücksicht auf die Sachlage Folgendes als wahrscheinlich betrachtet werden.

Durch die Sponsion und die darauf gegründete Formula, die wir überdieß mit Hortensius für durchaus gerechtfertigt halten, war Aquillius zwar rücksichtlich des Gegenstandes seiner Beurtheilung schlechthin gebunden. In der Beurtheilung selbst aber war er durchaus frei, nur auf seine rechtliche Ueberzeugung angewiesen; insbesondere darin nicht von der festgestellten Reihenfolge der Beweise abhängig, wohl aber durch die allgemeinen Grundsätze über Beweislast verpflichtet, nur wenn Quintius den ihm obliegenden Beweis geführt, den Nävius zu verurtheilen. Nach den auch für uns mehr oder weniger feststehenden Thatsachen (das Resultat des Zeugenverhörs kennen wir nicht) mußte er in der geheimen Berathung mit seinen Beisitzern folgende Erwägungen anstellen:

a. Für die Rechtsgültigkeit der vom Prätor Burrienus dem Nävius gegen Quintius ertheilten Missio in Bona sei, abgesehen von allen unerheblichen Nebenumständen, entscheidend:

1) daß Quintius Schuldner des Nävius gewesen. Dieß aber stehe fest durch das bis zur Stunde noch nicht im Wege der Auseinandersetzung erfüllte Societätsverhältniß. Das genüge aber auch, indem ein bestelltes oder erneuertes und nicht eingehaltenes Vadimonium zwar die Postulatio begründe, aber

ganz im Klaren gewesen zu sein. S. Quintus Mucius in *L. 3. § 23. D. de acq. poss.* (41, 2). Vgl. *L. 13. D. de reb. auct. iud.* (42, 5).

38) Vgl. *Keller cit. p.* 166. *sqq.*

für die Rechtsgültigkeit der Missio und ihrer Folgen weder nothwendig, noch für sich ausreichend sei [39]);

2) daß der Schuldner abwesend und nicht gehörig vertreten gewesen sei. Dieß sei entschieden der Fall, weil Alfenus, der Vertreter des Quintius, nach Vorschrift des Edicts satisdatio iudicatum solvi leisten mußte und sie verweigerte.

Eine andere Frage aber sei, b. ob die Missio und das dadurch bedingte Besitzrecht des Gläubigers, wie das Edict verlange, dreißig Tage bestanden und nicht binnen dieser Frist wieder aufgehoben worden.

1) Formell durch ein Decret des Prätors Burrienus sei dieß allerdings nicht geschehen; auch nicht durch die Intercession der Volkstribunen, welche nicht wirklich statt gefunden habe: allein, indem Nävius vor Ablauf jener Frist das Vadimonium des Alfenus, wodurch dieser das Erscheinen des Quintius zu den Iden des September versprach, annahm, gleichgültig unter welchen Umständen und aus welchen Motiven, habe er diese ihm dargebotene Defensio gut geheißen und damit auf die Rechte aus der Missio, Besitz und Verkaufsrecht und was weiter daraus folge, verzichtet [40]). Dagegen komme auch die Fortdauer seines jeden Falls widerrechtlichen Besitzes an dem gemeinschaftlichen gallischen Grundstück nicht in Betracht.

2) Mit diesem Resultat des strengen, formellen Rechts stimme aber auch das materielle, wirkliche Recht, wenn dieses boni viri arbitratu berücksichtigt werde, vollkommen überein. Durch dieses Präjudicium solle festgestellt werden, ob Quintius, weil seine Güter einmal 30 Tage lang besessen und feilgeboten worden, also das Concursverfahren bis zur Versammlung der Gläubiger und Einleitung des Verkaufs vorgeschritten gewesen, von der damit verbundenen Infamia betroffen, und in Bezug auf Zahlungsfähigkeit und Willigkeit eine persona suspecta sei, folglich als solche satisdatio iudicatum solvi stellen müsse. Jenes sei wirklich nicht geschehen,

39) S. oben § 106 Note 35. 40) S. oben § 106 Note 33.

dazu aber auch keine Veranlassung gewesen. Quintius als anerkannter Miteigenthümer jenes bedeutenden Forstgrundstückes nebst Zubehör von Vieh und Sklaven und als Besitzer anderer ihm eigenthümlicher Realitäten, andrerseits als ein Bürger von einfachen Sitten und geregeltem Leben könne weder damals noch jetzt für einen Bankerottirer gelten, von dem solche Sicherstellung mit Grund begehrt werde.

Aus diesen Gründen, glaube ich, mußte Aquillius für den Quintius, d. h. den ihm auferlegten Beweis für geführt erkennen und den Nävius zur Zahlung der kleinen Sponsionssumme verurtheilen, womit die bürgerliche Ehre des armen Quintius gerettet und derselbe in den Stand gesetzt war, den Kampf der Auseinandersetzung der Societätsverhältnisse mit seinem Gegner unter gleichen Bedingungen zu beginnen. Daß Aquillius aber wirklich so geurtheilt, dafür scheint mir auch der Umstand zu sprechen, daß Cicero seine Rede aufschrieb und publicirte; denn schwerlich hätte er dieß gethan, wäre sein glänzendes Plaidoyer nicht auch durch den Erfolg als ein gelungenes bezeichnet worden.

II.

Pro Q. Roscio comoedo.

§ 124. Von dieser für die Geschichte des Civilrechts und des Civilprozesses noch wichtigeren Rede ist der Anfang und das Ende verloren. Dieser Umstand, sowie daß wir auch hier nur die sehr einseitige Darstellung Eines Sachwalters besitzen, macht die nähere Bestimmung des Rechtfalls und seiner Geschichte sehr schwierig. Ueberdieß sind die darin vorkommenden Zahlen, die in einem Rechtsstreit um Geldsummen natürlich von größter Bedeutung sind, von den Abschreibern aber noch leichter als die Textesworte corrumpirt sein können, sehr be-

stritten. Ohne dringende Noth wird indeß auch in dieser Beziehung von den Handschriften nicht abzugehen sein.

Die Argumente des Manutius und Hotomannus, sowie die erläuternden Anmerkungen anderer älterer Interpreten giebt die Ausgabe von Garatoni. Unter den Neuern hat Puchta Rhein. Mus. für Jurispr. 1833 I. 12 das Verständniß wesentlich gefördert. Die elegante Dissertation von C. A. Schmidt, M. Tullii Ciceronis pro Q. Roscio comoedo oratio. Lips. 1839. 8. giebt treffliche Beiträge und Nachricht von andern Arbeiten vor ihm. Der Versuch einer neuen sachlichen Erklärung scheint mir indeß durch die früheren nicht überflüssig gemacht.

Das Jahr, in welchem die Rede gehalten worden, ist nicht mit Sicherheit zu bestimmen. Nicht entscheidend sind die leges iudiciariae, nehmlich die lex Cornelia a. 673. u. c., welche die Ritter von den Geschwornengerichten ausschloß, und die lex Aurelia a. 687, welche sie wieder zuließ (hierauf allein fußt Drumann cit. V. S. 346 folg.), insofern nach der Annahme oben § 57 Note 10 und der meisten Neuern diese Gesetze sich nur auf die publica iudicia bezogen, der Ritter C. Cluvius also sehr wohl auch vor dem zuletzt genannten Gesetze Civilgeschworner sein konnte. Vgl. *cap.* XIII. § 39. XIV. § 42. XVI. § 48. Eben so wenig entscheidet der Ausdruck mea adolescentia *c.* XV. § 44, den Cicero von sich allerdings in seinem 31. Lebensjahre a. 678 u. c., aber möglicher Weise auch noch im 39. a. 687 u. c., jenen ehrwürdigen Senatoren gegenüber, gebrauchen konnte, da er *Phil.* II. 46 sich selbst als Consul im 43. Jahre noch adolescens nennt. Einverstanden ist man darüber, daß *c.* XII. § 33. Tum enim (nehmlich als Roscius das Grundstück zu Tarquinii erwarb) propter rei publicae calamitates omnium possessiones erant incertae, die Zeit der Sullanischen Contrerevolution (a. 673. u. c. Varr.) und der dabei vorkommenden Expropriationen, namentlich in Etrurien, gemeint sei. Es kommt also darauf an, wie der Zeitpunkt der Rede

sich dazu verhält, wovon in *c.* XIII. § 37. die Rede ist. Die Handschriften lesen abhinc annis XV; indeß ist um der Sache willen die Emendation des Hotomannus abhinc annis IV von den meisten Herausgebern angenommen. Nach jener Leseart setzt Schmidt mit Manutius die Rede ins Jahr 687 oder 688, nach dieser Emendation Ferratius und die meisten Neueren ins Jahr 678, wofür auch ich mehr neige. Ist dieß richtig, so wäre sie eine der causae nobiles, die er im ersten Jahr nach Sulla's Tod und nach seiner Rückkehr aus Asien, als er sich um die Quästur bewarb, führte. *Cic. Brut.* 92. Jeden Falls gehört sie in die Jugendzeit des berühmten Redners, wo er, obgleich kein Freund verwickelter Rechtsfragen, sich noch mit Civilsachen befaßte. Daß er den juristischen Stoff nicht beherrschte wird in dieser Rede besonders sichtbar, die in logischer Folgerichtigkeit, in Schwung und Kraft der ersten, wie mir scheint, weit nachsteht.

A. Geschichtserzählung.

1. C. Fannius Chärea, nach seinem Namen ein mit dem römischen Bürgerrecht beschenkter Grieche, vielleicht ein Freigelassener, hatte mit dem berühmtesten Komiker jener Zeit, Q. Roscius, über ein gemeinschaftlich zu unternehmendes Geschäft einen Societätsvertrag dahin abgeschlossen, daß er diesem an einem Sklaven, Panurgus, den er, Fannius, mit seinem Gelde erkauft hatte, das Miteigenthum zur Hälfte unentgeltlich übertrug [1]), Roscius aber diesen Sklaven zum Schauspieler ausbilde, und daß der Gewinn seines Spiels Beiden gemein sein sollte. Dieß Geschäft hatte auch insofern glücklichen Erfolg, als der Panurgus durch den Ruf seines

1) *Cap.* X. § 27. — communem factum esse gratis cum Roscio, qui pretio proprius fuisset Fannii. *c.* XI. § 32. pro dimidia parte. — (*Fannius*) Magno tu tuam dimidiam partem decidisti. (*Roscius*) Magno et tu tuam partem decide.

Lehrers und das erworbene Talent in den Stand gesetzt war, sich für den Preis von 100,000 Sesterzen zu vermiethen [2]). Allein dieser Gewinn entging ihnen dadurch, daß ein gewisser Q. Flavius, aus Tarquinii, den Panurgus tödtete [3]).

2. Die beiden Miteigenthümer klagten nun gemeinschaftlich mit der actio legis Aquiliae gegen Flavius auf Schadensersatz, und Roscius, der als Künstler sich mit diesem Prozeß persönlich nicht befassen mochte, beauftragte mit dessen Führung für seinen Antheil seinen Gesellschafter Fannius, d. h. bestellte ihn zum Cognitor, der als Geschäftsmann sich dazu mehr eignete. Der geforderte Schadensersatz scheint das Doppelte jenes den Klägern entgangenen Miethpreises, nehmlich 200,000 Sesterze betragen zu haben [4]), sei es weil der Beklagte die That leugnete, oder weil der Eigenthumswerth des Sklaven von ihnen so hoch geschätzt wurde [5]).

3. Nachdem aber Fannius Litem contestirt hatte, das Judicium constituirt, er also Dominus Litis geworden war,

2) *Cap.* X. § 28. disciplina, quae erat ab hoc tradita, locabat se non minus HS. CCCIↃↃↃ. Ohne Zweifel nicht für jährlich soviel auf mehrere Jahre, sondern auf Ein Jahr oder für eine Festzeit.

3) *Cap.* XI. § 32. Panurgum, inquit (*sc. Fannius*), hunc servum communem Q. Flavius Tarquiniensis quidam interfecit. In hanc rem, inquit, me cognitorem dedisti. Daß Fannius auch für seinen Antheil klagte, ist an sich wahrscheinlich und wird durch das Folgende bestätigt.

4) Denn die Hälfte, über welche Roscius transigirte, betrug 100,000 Sesterze; daß das dafür angenommene Grundstück so viel werth gewesen, wird nirgends behauptet, *cap.* XI. § 32.; und die andre Hälfte, die Fannius durch die Klage erhielt, eben so viel. S. *cap.* XIII. § 39. XIV. § 42. Es scheint hiernach diese Summe als taxatio der Formula eingerückt worden zu sein. Vgl. oben § 95 Note 37.

5) *Gai.* III. § 212. Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur, sed sane si servo occiso plus dominus capiat damni, quam pretium servi sit, id quoque aestimatur: velut si servus meus ab aliquo heres institutus, antequam iussu meo hereditatem cerneret, occisus fuerit *rel. Ulp. L.* 23. *pr. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). Ueber den Werth des Panurgus vgl. *cap.* X. § 28. Ex qua parte erat Fannii, non erat HS. IↃↃↃ: ex qua parte erat Roscii, amplius erat CCCIↃↃↃ. Jeden Falls beschränkten die Socii ihre Forderung gegen Flavius auf das Doppelte dieser letzteren Summe.

und während die Sache vor Gericht noch schwebte, schloß Roscius mit dem gemeinschaftlichen Gegner, Flavius, einen Vergleich [6]), durch welchen er auf Abschlag des Schadensersatzes für den getödteten Sklaven ein ländliches Grundstück erhielt [7]), während Fannius den Prozeß fortsetzte. Wahrscheinlich geschah dieß vier, nicht wie die Ziffer der Handschriften besagt, fünfzehn Jahre vor dem gegenwärtigen Prozeß [8]); denn so lange hätte dieser Vergleich dem Fannius unmöglich unbekannt und von ihm unbeachtet bleiben können. Eben so unwahrscheinlich ist es, daß er die Klage gegen den Fannius so viele Jahre liegen gelassen, d. h. nicht früher zur Entscheidung gebracht haben sollte [9]).

4. Denn drei Jahre vor dem gegenwärtigen Prozeß, also unserer Annahme gemäß Ein Jahr nach jenem einseitigen Vergleich des Roscius, als Fannius von demselben Kenntniß erhalten, seine Klage gegen den Flavius aber noch nicht durchgeführt hatte, trug er auf Auseinandersetzung der Societät an, und wählte zu dem Ende den C. Piso, den Judex auch in der gegenwärtigen Sache, zum Arbiter, welchen Roscius als einen angesehenen, wenn auch ihm nicht eben befreundeten Mann sich gefallen ließ [11]). Nach einem Ausdrucke Cicero's sollte

6) *Cap.* XI. § 32. (*Fannius*) lite contestata, iudicio damni iniuria constituto, tu sine me cum Flavio decidisti.

7) *Cap.* XII. § 33. Accepit enim agrum *rel.*

8) *Cap.* XIII. § 37. Roscium cum Flavio pro societate decidisse. Quo tempore? abhinc annis XV. *Sic Codd. Ed. vett. Hotom. em.* IV. So auch Orelli u. A. *Schmidt p.* 3. beruft sich für die Lesart der Handschriften auf *c.* XIII. § 38. in re tam veteri, in negotio tam confecto, in societate dissoluta, was, als relativ, gegenüber der innern Unwahrscheinlichkeit nicht entscheiden kann.

9) Die Vorschrift der Lex Julia (*Gai.* IV. § 104.) freilich hinderte dieß noch nicht.

10) *Cap.* XIII. § 37. Repromittis tu abhinc triennium Roscio. Vgl. Note 14. Diese wörtliche Zeitbestimmung ist unzweifelhaft, und danach die Zahl im Vorhergehenden zu berichtigen.

11) *Cap.* IV. § 12. Quis in hanc rêm fuit arbiter? — Ipse C. Piso est. Eundemne tu arbitrum et iudicem sumebas? *c.* IX. § 26. Dic nunc Roscium te petisse, ut familiarem suum (ironisch) sumeres arbitrum. — Non petiit. Cicero hütet sich natürlich, dem C. Piso vorzuwerfen, daß er nichts weniger als ein Freund

man glauben, daß es ein Schiedsgericht gewesen sei, in welchem Fannius dieselben 50,000 Sesterze, d. h. die Hälfte des von Roscius vergleichsweise erhaltenen Schadensersatzes als seinen Societätsantheil forderte, die auch den Gegenstand des gegenwärtigen Prozesses bilden [12]). Seine ganze Darstellung aber weist auf ein vom Prätor angeordnetes arbitrium pro socio hin [13]). Wie dem aber auch sei: C. Piso schlug einen Vergleich vor, wonach 1) Roscius dem Fannius 100,000 Sesterze zahlen sollte, wenn 2) dieser Jenem die Hälfte des Schadensersatzes, den er von Flavius noch zu erhalten hoffte, repromittire, und absolvirte in Folge der beiderseitigen Annahme des Vergleichs den Roscius von der Klage. Dieser Vergleich als theilweise Grundlage des spätern Rechtsstreits, mit dem wir es zu thun haben, bedarf einer näheren Betrachtung.

Außer Zweifel ist die dem Fannius auferlegte Repromissio

des Roscius sei, daß er vielmehr damals den Fannius entschieden begünstigt habe, wodurch er ihn jetzt gegen seinen Clienten gestimmt hätte.

12) *Cap.* IV. § 12. Quae cum ita sint, quaero abs te, quid ita de hac pecunia, de his ipsis HS. IϽϽϽ — compromissum feceris, arbitrum sumpseris *rel.* *Schmidt p.* 4. *sqq.*, der diese Frage gründlich behandelt und sich, wie wir, für ein arbitrium pro socio entscheidet, bezieht compromissum auf gerichtliche Stipulationen, von denen aber bei bonae fidei actiones die Quellen nichts wissen. Von juristisch unrichtigem, rednerischem Gebrauch dieses Ausdrucks wird Cicero kaum frei zu sprechen sein.

13) Einmal die bei dieser Gelegenheit vorgetragene Vergleichung der iudicia und arbitria, der strengen und freien Klagen und ihrer Formeln: SI PARET DARE OPORTERE, und QUANTUM AEQUIUS MELIUS, wovon die letztere in diesem Fall angewandt worden (*cap.* IV. §§ 10—13, vgl. oben § 94 Note 9), während der Gebrauch derselben bei einem eigentlichen compromissum, d. h. einer gegenseitigen poenae stipulatio, wodurch sich Beide dem Ausspruch des Schiedsrichters unbedingt unterwerfen, weder Bedürfniß, noch möglich scheint. Sodann die Wahl des Arbiter durch den Kläger, s. Note 11, während über den Schiedsrichter beide Theile von vorn herein übereinkommen. Endlich der Ausgang der Sache, die Absolution in Folge des Arbitrium und seiner Befolgung von Seiten beider Theile, wobei nur Cicero's einseitige Darstellung, als wäre Roscius gar nichts schuldig gewesen abzuziehen ist. *cap.* IX. § 26. Quaere, quare sit absolutus? Quod erat summa innocentia et integritate. Quid enim factum est? Venisti ultro domum Roscii: satis fecisti (*sc. repromissionem fecisti. cf. c.* XIII. §§ 37—39.): quod temere com-

und daß sie von diesem wirklich bestellt wurde [14]). Um so bestrittener ist unter den Neueren die Gegenleistung des Roscius, ihrem Gegenstande und ihrem Grunde nach, desgleichen, ob und in wie weit sie Folge hatte. Höchst auffallend ist zuvörderst, daß diese Vergleichssumme 100,000 Sesterze, also das Doppelte dessen, was nach Cicero's ausdrücklicher Bemerkung damals von Fannius eingeklagt worden, betragen haben, und daß dieser bedeutende Betrag eine Entschädigung für die Bemühungen des Fannius als Cognitor gewesen sein soll [15]). Unter Festhaltung dieses Zweckes glaubte Manutius die Ziffer in 10,000, Lambinus in 15,000 ändern zu müssen. Ernesti reducirte sie auf 50,000 Sesterze, also den eingeklagten Societätsantheil, und Puchta ist ihm beigetreten. Mit Recht wendet aber Schmidt dagegen ein, daß man nicht nur wegen der Autorität sämmtlicher Handschriften, sondern auch nach zwei andern Stellen der Rede des Cicero bei der Zahl 100,000 Sesterze stehen bleiben müsse; denn eben diese Summe habe Fannius als Schuldner des Roscius aus jenem Vergleich in seine Adversarien eingetragen [16]), und die Hälfte derselben

misisses [*l.* compromisisses?], in iudicium, ut denuntiaret rogasti: debere tibi ex societate nihil, clamitasti. Iudici hic denuntiavit: absolutus est. Das Compromiß wird durch Vergleich ohne Urtheil aufgehoben. *L. 32. §§ 3. 5. D. de receptis* (4, 8). Puchta cit. S 321 läßt die Frage unentschieden. Rudorff, Rechtsgesch. II. § 68 Note 10 nimmt ein eigentliches Compromiß an.

14) *Cap.* XIII. § 37. Repromittis tu abhinc triennium Roscio. Quid? recita istam restipulationem clarius. Attende, quaeso, Piso. — Quid enim restipulatio clamat? QUOD A FLAVIO ABSTULERO, PARTEM DIMIDIAM INDE ROSCIO ME SOLUTURUM SPONDEO. Tua vox est, Fanni. Repromissio wird diese Stipulation genannt, weil sie der Kläger bestellt, Restipulatio, weil sie der Beklagte fordert. Vgl. *Gai.* IV. §§ 13. 95. u. s. w.

15) *Cap.* XIII. § 38. Tu Piso. Tu enim Q. Roscium pro opera, pro labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset, rogasti, ut Fannio daret HS. CCCIↃↃↃ, hac condicione, ut, si quid ille exegisset a Flavio, partem eius dimidiam Roscio dissolveret. Hotomannus zu dieser Stelle erklärt die Zahl für unzweifelhaft corrupt, ohne jedoch eine Verbesserung zu wagen.

16) *Cap.* I. § 4. Leve et tenue hoc nomen? HS. CCCIↃↃↃ sunt. Quomodo tibi tanta pecunia extraordinaria iacet? quomodo HS. CCCIↃↃↃ in codice accepti

habe Roscius als ersten Termin wirklich gezahlt, während die andere Hälfte den Gegenstand des zweiten Prozesses bildete [17]. Der scheinbare Widerspruch ist also wohl so zu lösen. Fannius forderte in jenem früheren Prozeß mit der actio pro socio zunächst seinen Societätsantheil an den 100,000 Sesterzen, die Roscius von Flavius in einer Societätsangelegenheit empfangen hatte, also dieselben 50,000 Sesterze, die er auch jetzt einklagt; außerdem aber eben so viel als Vergütung für seine in derselben Angelegenheit als Cognitor aufgewendete Mühe und gehabte Auslagen [18]. C. Piso nun forderte den Roscius auf, mit Rücksicht auf diesen letztern, auch nicht ganz unbegründeten Anspruch dem Fannius die geforderten 100,000 Sesterze zu zahlen, wenn dieser ihm die Hälfte des seiner Seits von Flavius zu hoffenden Schadensersatzes communicire [19]. Kein Wunder, daß Fannius, wie Cicero berichtet, dieß ihm so günstige Vergleichsproject mit dem größten Eifer betrieb. Roscius aber ging nach dem Rath von Rechtsverständigen deshalb darauf ein, weil wenigstens seine eventuelle

et expensi non sunt? Puchta's cit. S. 322 Erklärung, daß dieß die ganze von Roscius eingenommene Summe sei, deren Hälfte Fannius fordre, ist unbefriedigend; denn wie sollte er dazu gekommen sein, jene und nicht diese in seine Adversarien einzutragen?

17) *Cap.* XVII. § 51. Falsum subornavit testem Roscius Cluvium, sagt Cicero im Sinne seines Gegners; wendet aber ein: Cur tam sero? cur cum altera pensio solvenda esset, non tum cum prima? nam iam antea HS. IↃↃↃ dissolverat. Grammatisch und dem Sinn nach kann das Subject dieses letzten Satzes, wie Schmidt richtig bemerkt, nicht Flavius, sondern nur Roscius sein. Auch entspricht es der *cap.* XVI. § 48. von Cicero ironisch aufgestellten Supposition: Roscius est videlicet homo callidus et versutus. Hoc initio (*sc. huius controversiae*) cogitare coepit: quoniam Fannius a me petit HS. IↃↃↃ, petam a C. Cluvio equite Romano, ornatissimo homine, ut mea causa mentiatur.

18) *Schmidt p.* 6. leitet dieses Mehr aus vorausgesetzten anderen Societätsgewinnen des Roscius ab, wovon sich jedoch sonst keine Andeutung findet und wobei die Forderung der Cogniturgebühr unerklärt bleibt. Drumann cit. V. S. 340 nimmt an, Roscius habe die 100,000 Sesterze dem Fannius nach der jetzigen Schätzung des erhaltenen Guts versprochen, und um den Schein, daß er ihn übervortheilt habe, zu vermeiden, die Hälfte als Ersatz für seine Mühwaltung bezeichnet.

19) S. Note 15.

Gegenforderung, die er ohne Zweifel durch Einrede geltend gemacht, in jener Repromissio berücksichtigt war, während es in Piso's Macht gestanden hätte, ihn pure zu den geforderten 100,000 Sesterzen zu verurtheilen. Nur verlangte er die Umkehr des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, und diese wurde ihm gewährt: Fannius mußte jene Repromissio sofort bestellen und die Gegenleistung der 100,000 Sesterzen wurde von Roscius Seite nicht promittirt, sondern jener Repromissio nur als Bedingung eingerückt [20]). Denn daß Roscius sie auch durch eine förmliche Stipulation versprochen habe, hat Fannius später nicht einmal zu behaupten gewagt [21]) und die bloße pactio, auf die er sich beruft, konnte selbst in Verbindung mit der Eintragung in seine Adversaria eine Forderung nicht begründen [22]). Unbillig war der Vergleich insofern nicht, als zu erwarten stand, daß Fannius eben so viel als Schadensersatz von Flavius erlangen werde, als Roscius. Diesem aber blieb die Wahl, wenn Fannius einen höheren Schadensersatz von Flavius erlangte, diesen gegen Zahlung jener Summe mit ihm zu theilen, oder im entgegengesetzten Fall darauf zu verzichten.

5. Erst nachdem dieß vorgegangen war, drang Fannius mit seiner Schadensklage gegen Flavius durch; der Geschworne in jener Sache, C. Cluvius, ritterlichen Standes, sprach ihm die Hälfte der ursprünglich von Beiden geforderten Litis Aesti-

20) Diese condicio der repromissio ließ Cicero natürlich nicht mit verlesen. S. Note 14. 15. Daß nach dem Rath von Rechtsverständigen die restipulatio gefaßt wurde, dafür s. *cap.* XVIII. § 56. qui (*sc. Roscius*) ex iurisperitorum consilio et auctoritate restipularetur a Fannio, ut, quod is exegisset a Flavio, dimidiam partem sibi dissolveret.

21) Dennoch nehmen Puchta cit. S. 326 und Keller, Grundriß der Instit. S. 109 eine solche an. Wäre sie bestellt worden, so würde Saturius nicht unterlassen haben, wie Cicero für jene Repromissio *c.* XIII. § 38, eine Urkunde beizubringen und den C. Piso als scriptor, testis, arbiter huius stipulationis anzurufen; Cicero aber hätte sich ganz anders darüber erklären müssen.

22) S. unten Note 35 und 45.

matio von 200,000 Sesterzen, also 100,000 Sesterze zu, und diese wurden ihm auch wirklich ausgezahlt[23]).

6. Damit, scheint es, konnte Fannius sich genügen lassen; denn er hatte nun wirklich den gleichen Schadensersatz erlangt wie sein Gesellschafter Roscius. Aber die ihm in Aussicht gestellte Cogniturgebühr fehlte ihm noch. Diese, nehmlich die Hälfte der dem Roscius in jenem Vergleich auferlegten Summe von 100,000 Sesterzen, gelang es ihm außergerichtlich von diesem zu erpressen. Was den Roscius zu der freiwilligen Zahlung bewog, wissen wir nicht, da Cicero überhaupt in dem erhaltenen Theil seiner Rede diesen Umstand nur beiläufig erwähnt. Er mochte nach der früheren Erfahrung einen zweiten Prozeß scheuen und hoffte den ränkevollen Gegner mit dieser Zahlung, die im Verhältniß zu seinen glänzenden Einnahmen als Künstler nicht erheblich war, ein für allemal abzufinden[24]). Aber auch damit war dieser nicht zufrieden; die Schwäche seines Gegners reizte ihn zu noch kühnerem Vorgehen. Er fordert nun auch die andere Hälfte jener in Aussicht gestellten 100,000 Sesterzen[25]), seinen Societätsantheil an dem, was Roscius von Flavius vergleichsweise erhalten, und als dieser es verweigert, geht er den Prätor an.

23) *Cap.* XIII. § 39. Quid? si tandem planum faciam, post decisionem veterem Roscii, post repromissionem hanc recentem Fannii, HS. CCCIƆƆƆ Fannium a Flavio Panurgi nomine abstulisse? *c.* XIV. § 42. Quo teste igitur hoc planum faciam? Venerat haec res ut opinor in iudicium. Certe. Quis erat petitor? Fannius. Quis reus? Flavius. Quis iudex? Cluvius? — Quem igitur ex his tribus a me testem spectabis? Petitorem? Fannius est: contra se nunquam testimonium dicet. Reum? Flavius est: is iam pridem est mortuus. — Iudicem? Cluvius est. Quid is dicit? HS. CCCIƆƆƆ Panurgi nomine Flavium Fannio dissolvisse.

24) Die Zahlung dieser ersten Hälfte steht nach *c.* XVII. § 51. Note 17 fest.

25) Auch hierfür s. *c.* XVII. § 51. Note 17.

B. Prozeßgeschichte.

1. Die Klage (actio, formula), die Fannius vom Prätor erbat, hätte im Allgemeinen betrachtet die actio pro socio sein müssen, und Cicero macht ihm auch einen Vorwurf daraus, daß er sie nicht gewählt habe [26]). Er hatte aber gute Gründe, diese nicht zu gebrauchen. Einmal, weil alsdann Roscius seine Gegenforderung aus jener Repromissio oder aus dem Societätsverhältniß selbst, auf Herauszahlung der Hälfte der von Flavius gewonnenen 100,000 Sesterzen, zur Compensation gebracht und damit jeden Falls seine Absolution von der auf denselben Betrag gerichteten Klage erlangt hätte. Sodann hatte Fannius ja schon einmal eine Auseinandersetzung des ganzen Societätsverhältnisses bewirkt; die erneuerte Klage hätte Roscius also auch durch die exceptio rei in iudicium deductae vel rei iudicatae, oder, falls es damals nur ein Schiedsgericht war, durch die exceptio transacti zurückweisen können.

Fannius wählt deshalb die certi condictio, obgleich an sich eine gefährlichere Klage; einmal weil auf certa pecunia gerichtet und ein iudicium oder stricti iuris, so daß die geringste plus petitio den Verlust der ganzen Sache für ihn zur Folge haben muß [27]); sodann weil mit einer Sponsio und Restipulatio tertiae partis, also mit einem Succumbenzgeld von $33^1/_3$ Prozent des Streitgegenstandes verbunden [28]). Dennoch geht er dieses Wagniß ein, weil diese Klage ihm den Vortheil gewährt, die behauptete Verpflichtung des Roscius zur Herauszahlung der Hälfte der in einer Societätsangelegen-

26) *Cap.* VI. § 16. Pecuniam petis a Roscio. Quam? Dic audacter et aperte. — Quae ex societate debeatur? Quid ais? *rel. cap.* IX. § 25. Quae cum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium, quaero. Formulam non noras? Notissima erat *rel.*

27) *Cap.* IV. § 10. cit. oben § 94 Note 9.

28) S. oben § 88 Note 27 und hier die folgende Note.

heit empfangenen 100,000 Sesterzen aus einer strengrechtlichen causa debendi abzuleiten, also von allen Nebenumständen zu isoliren und ihn aller darin begründeten Einreden zu berauben. Zum Judex wählte er wieder den C. Piso, und Roscius recusirte ihn auch dießmal nicht, weil er ihn dadurch nur zu beleidigen fürchtete und voraussah, daß der Prätor wegen des innern Zusammenhangs der Sache ihn dennoch bestellen werde. Piso dagegen zog, um den Verdacht partheiischer Entscheidung zu entfernen, den Senator M. Perperna als Beisitzer zu. Die Formula lautete einfach so:

C. PISO IUDEX ESTO:
SI PARET Q. ROSCIUM C. FANNIO HS. IↃↃↃ DARE OPORTERE:
IUDEX Q. ROSCIUM C. FANNIO HS. IↃↃↃ CONDEMNATO: SI NON PARET ABSOLVITO.

Die gesetzliche Sponsio wurde von Roscius, die gleiche Restipulatio von Fannius bestellt [29]). Fannius wählte einen gewissen P. Saturius zu seinem Sachwalter, Roscius das durch früheren Erfolg nun schon bewährte junge Rednertalent, das er überdieß in der Sache des P. Quintius kennen gelernt hatte, den ihm befreundeten M. Tullius Cicero, und die Verhandlungen des Judiciums begannen.

2. Die Begründung der Klage, der die thatsächlichen Verhältnisse wenig entsprachen, war nicht leicht. Sehen wir, wie Saturius, der als Sachwalter des Klägers den ersten Vortrag hatte, sie unternahm, wobei wir freilich auf die dürf-

29) *Cap.* IV. § 10. Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem: in qua legitimae partis sponsio facta est. Hic tu si amplius HS. nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti. propterea quod aliud est iudicium, aliud arbitrium. § 11. Eius rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in iudicio? Directum, asperum, simplex: SI PARET HS. IↃↃↃ DARI OPORTERE. Hic, nisi planum facit, HS. IↃↃↃ ad libellam sibi deberi, causam perdit. Daß die 50,000 Sesterze, die hier nur beispielsweise genannt sind, im vorliegenden Fall eingeklagt werden, sagt Cicero unmittelbar in § 12 und dann noch siebenmal. *c.* VIII. §§ 22. 23. 24. XVI. § 48. *c.* XVII. § 51. Ueber die Sponsion s. noch *c.* V § 14. pecunia petita est certa: cum tertia parte sponsio facta est.

tigen Bruchstücke seiner Rede, auf welche Cicero sich in seiner Erwiderung bezieht, beschränkt sind. Sie mußte gleich dieser Erwiderung zwei Theile haben.

a. Pecunia certa credita kann hauptsächlich aus drei verschiedenen Gründen gefordert werden: 1) aus Darlehn (pecunia data, adnumerata), 2) Stipulation (stipulata), 3) Litteralcontract (expensa lata). Darlehn behauptete Fannius nicht; für eine Stipulation fehlte ihm der Beweis durch Zeugen oder Urkunden. Auch daß er die Summe mit dem Willen des Roscius als Expensum in sein Hausbuch (tabulae oder codex accepti et expensi) eingetragen, konnte er durch Production und Vergleichung desselben mit dem Hausbuch des Roscius nicht darthun; denn der Posten fehlte in beiden [30]. Allein er hatte in Folge jenes Vergleichs mit Roscius vor drei Jahren [31]), wonach dieser ihm eventuell 100,000 Sesterze zahlen sollte, eben diese Summe in seinem Journal (adversaria) eingetragen. Dieses zu produziren erbot er sich und behauptete dadurch, also litteris, seine Restforderung von 50,000 Sesterzen, nachdem Roscius die erste Hälfte gezahlt, beweisen zu können [32]). Und daß Fannius diesen bedeutenden

30) *Cap.* IV. § 13. Adnumerasse sese negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat: praeterea eius, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. (*c.* V.) Stipulatus es? ubi? quo die? quo tempore? quo praesente? quis spopondisse me dicit? Nemo. § 14. — Haec pecunia necesse est, aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur: expensam latam non esse, codices Fannii confirmant: stipulatam non esse taciturnitas testium concedit. *c.* I. § 1. Quod si ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius. § 2. — Si tabulas C. Fannius accepti et expensi profert suas, in suam rem, suo arbitrio scriptas: quominus secundum illum iudicetis, non recuso. — Auf die Natur der litterarum obligatio näher einzugehen, ist hier keine Veranlassung. Vgl. Keller in Sell's Jahrb. I. 3 und Grundriß der Justit. S. 102, wo sich insbesondre auch über die adversaria Näheres findet.

31) *Cap.* IX. § 25. (*Fannius*) fecit pactionem. Ueber diesen Vergleich, den Cicero hier als selbständigen Klaggrund leugnet, s. die Stellen oben in Note 14. 15.

32) *Cap.* II. § 5. — Non habere se hoc nomen in codice accepti et expensi relatum confitetur: sed in adversaria pa-

Posten, wenn er ihm wirklich geschuldet wurde, nicht, wie gewöhnlich, nach dem Monatsabschluß aus dem Journal in sein Haupt- und Kassabuch übertragen, sondern als pecunia extraordinaria drei Jahre in jenem habe stehen lassen [33]), scheint er dadurch erklärt zu haben, daß er aus zarter Schonung die Schuld des Roscius nicht bekannt werden lassen wollte [34]). Die Schwäche dieser Behauptung und das Ungewöhnliche der Begründung einer Schuld durch bloße Eintragung in die Adversarien [35]) konnte indeß einem Geschäftsmann, wie Fannius war, oder seinem Advokaten unmöglich verborgen sein. Er mußte also für den Fall, daß er dieß dem Geschwornen nicht glaublich machen konnte, noch eine zweite causa debendi geltend machen, auf welche sich denn auch Cicero's Erwiderung vielfach bezieht.

tere contendit. Die Zahlung der ersten Hälfte, die Cicero im Interesse seines Clienten nur ganz beiläufig *cap.* XVII. § 51. erwähnt, wird Saturius natürlich auch als Beweis für die Existenz der Schuld des Roscius hervorgehoben haben.

33) *Cap.* I. § 4. Non refert (*sc. Fannius*) parva nomina in codices? Immo omnes summas. Leve et tenue hoc nomen? HS. CCCIƆƆƆ sunt. Quomodo tibi tanta pecunia extraordinaria iacet? quomodo HS. CCCIƆƆƆ in codice accepti et expensi non sunt? *c.* II. § 7. Quid est, quod neglegenter scribamus adversaria? quid est, quod diligenter conficiamus tabulas? qua de causa? quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae: haec delentur statim, illae servantur sancte. *c.* III. § 8. — quomodo, cum omnes, qui tabulas conficiant, menstruas paene rationes in tabulas transferant, tu hoc nomen triennium amplius in adversariis iacere pateris? Fannius hatte dazu den guten Grund, daß die 100,000 Sesterze eben noch keine Forderung, sondern nur eine Hoffnung waren, die sich zu einer Notiz im Journal, nicht zu einem Nomen im Hauptbuch eignete; aber eben deshalb taugte jene Eintragung auch nicht zur Begründung seiner Klage.

34) *Cap.* III. § 9. Nolebas sciri debere tibi Roscium. Cur scribebas? Rogatus erat, ne referres. Cur in adversariis scriptum habebas?

35) Dieß macht Cicero *c.* II. III. mit größester Zuversicht geltend. Doch mag die Jurisprudenz über die Bedingungen der litterarum obligatio damals noch nicht so festgestanden haben, daß nicht die Durchführung der abweichenden Ansicht gehofft werden durfte. *Schmidt cit.* II. *p.* 21. behauptet geradezu, daß auch den Adversarien, wenn sie von einem zuverlässigen Manne und sorgfältig geführt worden, dieselbe Kraft wie dem Hauptbuch beigelegt worden sei.

b. War ein formeller Rechtsgrund der condictio certi, Darlehn, Stipulation, Litteralcontract, nicht vollständig nachzuweisen, so fehlte es doch nicht an einem materiellen Billigkeitsgrunde, der sich aus dem gesammten Geschäftsverhältniß zwischen Fannius und Roscius in seiner ersten Begründung und ferneren Entwicklung ergeben mußte. Hierauf ging Saturius wahrscheinlich, wie auch Cicero in seiner Erwiderung, erst in dem zweiten Theil seiner Rede näher ein. Er suchte zu zeigen:

1) daß Fannius, indem er den ihm eigenthümlichen Sklaven Panurgus unentgeltlich dem Roscius communicirt, weit mehr als dieser in die Societät eingebracht habe. Er wollte dadurch den Fannius nicht nur von vornherein als den Uebervortheilten darstellen und die Theilnahme des Geschwornen für ihn gewinnen, sondern ohne Zweifel dem nahe liegenden Einwande, daß er auf diese Weise Zwei Drittheile des Erfolges der Societät genießen werde, nehmlich außer den 100,000 Sesterzen, die ihm Flavius gezahlt, noch diese 50,000 von Roscius, während diesem nur 50,000 Sesterze, also ein Drittheil blieb, begegnen. Doch hatte er Grund, jener 100,000 Sesterzen überhaupt nicht zu gedenken; daher er auf diesen Punkt geringeres Gewicht legte [36]), als darauf,

2) daß Roscius ohne ihn, also hinter seinem Rücken mit dem Flavius einen Vergleich geschlossen, ihn also um seinen Antheil als Socius habe betrügen wollen [37]). Auch hierdurch

36) *Cap.* X. § 27. Hic primum questus est non leviter Saturius, communem factum esse gratis cum Roscio, qui pretio proprius fuisset Fannii. Largitus est scilicet homo liberalis, et dissolutus et bonitate affluens Fannius Roscio? Sic puto. § 28. Quoniam ille hic constitit paullisper, mihi quoque necesse est paullum commorari. Auch fordert Fannius ja durchweg nur die Hälfte des Gewinns, nach der Regel der *L. 29. pr. D. pro socio* (17, 2).

37) *Cap.* XI. § 32. (*Fannius*) — tu sine me cum Flavio decidisti. *c.* VIII. § 22. HS. IↃↃↃ Q. Roscius fraudavit Fannium qua de causa? Subridet Saturius veterator, ut sibi videtur. Ait, propter ipsa HS. IↃↃↃ. § 24. — Fraudabat te in societate Roscius. *c.* IX. § 26. zur Erklärung, warum Roscius sich in

will er zunächst das Gefühl des Geschwornen gegen Roscius als den Betrüger erregen und für den Fannius als den Betrogenen gewinnen; doch war es auch für seinen Anspruch von rechtlicher Bedeutung. Der Hauptrechtspunkt aber ist:

3) daß Roscius mit Flavius über die ganze Sache im Namen der Societät, also auch für Fannius transigirt habe und deshalb zur Herausgabe der halben Vergleichssumme an diesen als seinen Socius verpflichtet sei [38]). Da aber auch dieß in facto bestritten werden konnte, so behauptet Saturius endlich:

4) Auch wenn Roscius nur in eigenem Namen und für seinen Societätsantheil habe transigiren wollen, sei er dennoch zur Herausgabe der Hälfte verpflichtet [39]); denn er sei als Socius nicht berechtigt gewesen, einen so großen Gewinn für sich allein zu machen und denselben der Societät zu entziehen [40]).

Alles dieß aber führt Saturius, wie gesagt, nicht zur Begründung einer Forderung unmittelbar aus dem Societätsvertrage, der actio pro socio, sondern für die angestellte condictio certi an, die er entweder ex causa furtiva, aus

dem früheren Prozeß zum Vergleich mit Fannius verstanden, sagt Cicero im Sinn dieses Letztern: Res erat manifesta: furtum erat apertum.

38) *Cap.* XII. § 34. De tota re, inquit, decidisti. Ergo huc universa causa deducitur, utrum Roscius cum Flavio de sua parte, an de tota societate fecerit pactionem. § 35. Nam ego Roscium, si quid communi nomine tetigit, confiteor praestare debere societati.

39) *Cap.* XVII. § 51. Iam intellegis, C. Piso, sibi soli, societati nihil Roscium petisse. Hoc cum sentit Saturius esse apertum, resistere et repugnare contra veritatem non audet: aliud fraudis et insidiarum in eodem vestigio deverticulum repperit. § 52. Petisse, inquit, suam partem Roscium a Flavio confiteor: vacuam et integram reliquisse Fannii concedo; sed quod sibi exegit, id commune societatis factum esse contendo.

40) *Cap.* XI. § 32. (*Fannius*) At enim tu tuum negotium gessisti bene. (*Rosc.*) Gere et tu tuum bene. (*Fann.*) Magno tu tuam dimidiam partem decidisti. (*Rosc.*) Magno et tu tuam partem decide. (*Fann.*) HS. CCCIↃↃↃ tu abstulisti. (*Rosc.*) [Si fit hoc vero] HS. CCCIↃↃↃ tu quoque aufer. In *c.* XII. § 33. sucht Cicero zu beweisen, daß das vergleichsweise von Roscius erworbene Grundstück nicht so werthvoll, der Vortheil also nicht unverhältnißmäßig gewesen sei.

der dolosen Unterschlagung einer der Societät gebührenden Summe Geldes [41]), oder, nach dem Sprachgebrauch der späteren Jurisprudenz, als condictio sine causa aus der widerrechtlichen Bereicherung des Roscius ableiten konnte. Es ist also dieser Rechtsfall ein merkwürdiger Beweis, daß diese Grundsätze der Aequitas schon zu Cicero's Zeit wenigstens in einzelnen Fällen geltend gemacht und ohne Zweifel auch von den Geschwornen anerkannt wurden [42]).

Die Thatsachen, die seinem Clienten hauptsächlich entgegenstanden, nehmlich 1) daß dieser die Hälfte des Schadensersatzes, den er selbst von Flavius erhalten werde, dem Roscius herauszuzahlen versprochen, und 2) daß er wirklich diesen Schadensersatz mit 100,000 Sesterzen, also eben so viel erhalten habe, als Roscius besaß, und durch die Theilung mit diesem mehr als die Hälfte erhalten würde, verschwieg er natürlich [43]). War er doch auch sicher, daß compensationsweise diese Gegenforderung in diesem stricti iuris iudicium nicht geltend gemacht werden könne; und auf die Nachklage des Roscius aus jener Stipulation ließ er es ankommen.

3. Die Vertheidigung des Q. Roscius, die wir in Cicero's beredtem Plaidoyer seinem Haupttheil nach besitzen, mußte sich auf alle jene, zur Begründung der Klage vorgebrachte Punkte richten, und zerfiel daher, wie jene, in zwei

41) *L. 45. L. 46. L. 47. pr. L. 51. pr. D. pro socio* (17, 2).

42) S. oben § 93 S. 273 folg. insbesondre Note 77 und 78. Da die Bedingungen der condictio furtiva oder sine causa zutreffen, so dient die Rede keines Falls zur Unterstützung der Ansicht, welcher auch *Schmidt p.* 6. huldigt, daß die condictio certi willkührlich an Stelle jeder andern Klage auf pecunia certa oder incerta habe gebraucht werden können; z. B. die Cogniturgebühr hätte Fannius, abgesehen von dem behaupteten Litteralcontrat, nicht damit fordern können. Die Rede ist aber auch dafür ein Beweis, daß die condictio durch die Litis Contestatio mit der actio pro socio nicht consumirt wurde, wie manche Neuere annehmen. Vgl. oben § 103.

43) *Cap.* XIII. *sqq.* überrascht ihn daher Cicero mit diesen Behauptungen, zunächst um damit zu beweisen, daß Roscius nur für seinen Antheil mit Flavius transigirt habe; einen weiteren Gebrauch wird er davon in dem verloren gegangenen Theil seiner Rede gemacht haben.

Abschnitte [44]). Doch beschränkt sich Cicero in seiner Weise keineswegs auf die juristische Deduction, sondern ergeht sich auch in Ausführung mehr oder weniger überzeugender argumenta ad hominem. Für uns ist natürlich jene von größerem Interesse; doch sind auch diese lehrreich für die Art, wie es damals in den Geschwornengerichten zuging. — Der schwächste Punkt des Gegners war offenbar

a. die formelle Begründung der condictio certi. Hier genügte es zu zeigen, daß, da ein Darlehn gar nicht behauptet, der Beweis einer Stipulation aber nicht versucht worden, die dritte denkbare und vom Kläger wirklich geltend gemachte causa debendi, nehmlich die litterarum obligatio, durch Eintragung der Forderung, nicht in den codex accepti et expensi, sondern nur in die adversaria des Klägers rechtlich null sei. Denn nicht bloß um den Beweis, sondern um die Begründung einer klagbaren Schuld handelte es sich hier, und Cicero konnte sich auf den unzweifelhaften Gebrauch berufen, daß diese nur durch die expensi latio in das Hauptbuch des Gläubigers mit Bewilligung des Schuldners bewirkt werde, daß die bloß vorläufige und vorübergehende Einzeichnung in das Journal dazu nicht hinreiche [45]).

Aeußerst schwach, aber charakteristisch für den Redner erscheint dagegen das zum Ueberfluß hinzugefügte Argument, welches er mit großer Emphase ankündigt: unmöglich könne Fannius an die Begründung seiner Forderung auf eine bestimmte Summe Geldes glauben, da er dieselbe früher in einem Arbitrium vor demselben C. Piso, als Arbiter pro socio oder als Schiedsrichter, gefordert habe; denn wer auf ein

44) Der erste Abschnitt, in dem er zu zeigen sucht, daß die condictio certi formell nicht begründet sei, geht von dem fragmentarischen Anfang bis *cap.* V. § 14.; der zweite, der nicht, wie die Ankündigung § 15 erwarten läßt, den Geschwornen bloß moralisch für die Sache des Roscius zu gewinnen sucht, sondern auf die materiellen Gründe der Aequitas eingeht, von *cap.* VI. § 16. bis zu Ende, das leider auch nur ein Bruchstück ist.

45) *Cap.* I—III. §§ 1—9.

solches provocire, bekenne damit, daß ein Certum ihm nicht geschuldet werde [46]).

b. In dem zweiten Theil wird der Nachweis versucht, daß auch materiell, aus dem Societätsverhältniß selbst Roscius dem Fannius nichts schulde. Der Redner beginnt

1) mit einer weitläufigen, oratorisch effectvollen, aber die Sache nicht entscheidenden Ausführung, wie unwahrscheinlich es sei, daß Roscius, dessen ehrenhafter Charakter allem Volk bekannt sei, auch von dem Geschwornen, C. Piso, und selbst von Saturius, dem gegnerischen Anwalt, anerkannt werde, einen Menschen wie den C. Fannius Chärea, der schon in seiner Erscheinung List und Verschlagenheit verrathe und an den von Roscius so meisterlich gespielten Hurenwirth Ballio erinnere, um lumpige 50,000 Sesterze betrogen habe, Roscius, der in den letzten zehn Jahren sechs Millionen erwerben konnte und es vorzog, dem römischen Volk mit seiner Kunst umsonst zu dienen [47]). Nicht mehr Bedeutung hat

2) der Einwand: warum, wenn Roscius ihn in der Societät betrogen, er nicht die actio pro socio angestellt habe? Da er dieß nicht gethan, so bekenne er damit, daß jener ihm aus diesem Grunde nichts schulde [48]). Er ignorirt dabei absichtlich, daß Fannius zum zweitenmal die actio pro socio gar nicht

46) *Cap.* III. § 9. *fin.* Sed haec quamquam firma esse video, tamen ipse mihi satisfacere non possum, nisi a C. Fannio ipso testimonium sumo, hanc pecuniam ei non deberi. Magnum est, quod conor: difficile est, quod polliceor. Nisi eundem et adversarium et testem habuerit Roscius, nolo vincat. *c.* IV. bis § 13. — qui, cum de hac pecunia, de tabularum fide arbitrum sumpsit, iudicavit sibi pecuniam non deberi. Cicero übersah oder ignorirte absichtlich dabei, daß man auch certa pecunia in einem Arbitrium einklagen kann, und daß die gegenwärtige Klage des Fannius, insofern er sie auf den damals geschlossenen Vergleich und dessen Eintragung in die Adversarien gründet, neueren Ursprungs ist als jene frühere; daher auch die Worte de tabularum fide ihm nur entschlüpft sein können.

47) *Cap.* III. § 13. bis *c.* VIII. § 24.

48) *Cap.* VIII. IX. § 24. 25. — Nam quo tu tempore illa formula uti noluisti, nihil hunc in societatem fraudis fecisse ostendisti.

anstellen und daß die condictio certi auch in diesem Fall wohl begründet sein konnte. Ueberdieß steht diese Behauptung des Redners mit der anderen, daß Fannius durch die frühere Provocation auf das Arbitrium wegen derselben Forderung einer bestimmten Summe Geldes deren Ungrund eingeräumt habe, in auffallendem Widerspruch. Dagegen veranlaßt ihn

3) die Behauptung des Gegners, er gründe seine Klage auf den früher geschlossenen Vergleich (pactio), durch welchen Roscius damals seine Absolution wegen offenbarer Unterschlagung eines Societätsvortheils bewirkt, zu einer ausführlichen Darstellung des ganzen Herganges vom Standpunkt seines Clienten. Zunächst aber bemerkt er, daß der Kläger für jene pactio keinen Beweis beigebracht habe; die damalige Absolution des Roscius beweise vielmehr dessen Unschuld [49]).

4) In dieser Geschichtserzählung (narratio) hebt Cicero zuerst hervor, daß der Societätsvertrag überwiegend zum Vortheil des Fannius geschlossen worden, indem der ursprüngliche Eigenthums- und Gebrauchswerth des gemeinschaftlichen Sklaven verhältnißmäßig gering gewesen, erst seine künstlerische Ausbildung ihn werthvoll gemacht, Roscius also durch seinen mühsamen Unterricht weit mehr beigetragen habe, als Fannius, von einem größeren Antheil desselben am Erfolg also keine Rede sein könne [50]).

5) Behauptet er, Roscius sei durchaus berechtigt gewesen, während die Schadensklage gegen den Flavius durch Fannius im Namen beider Socii anhängig gemacht war, über seine Hälfte zu transigiren [51]), und als Abfindung für dieselbe ein

49) *Cap.* IX. § 25. Fecit pactionem bis § 26. — Quod erat summa innocentia et integritate.

50) *Cap.* X. § 27. oben Note 36 bis *c.* XI. § 31. Paullo longius oratio mea provecta est hac de causa, ut conditionem societatis diligenter cognosceretis.

51) *Cap.* XI. § 32. — Pro me? potui: exemplo multorum licitum est: iure fecerunt multi: nihil in ea re tibi iniuriae feci. In der That verbot weder die Societät und Streitgenossenschaft, noch die Cognitur und das Dominium Litis des Fannius dem Roscius die Disposition über seinen Antheil. *L.* 68. *pr. D. pro socio* (17,

Grundstück anzunehmen, das damals in der unsichern revolutionären Zeit von weit geringerem Werth, auch wüste und ohne die nöthigen Gebäude gewesen, erst durch seine Verwendungen werthvoll geworden sei [52]).

6) Daß aber Roscius nur über seine Hälfte transigirt habe und deshalb zu keiner Herauszahlung verpflichtet sei, folgert Cicero aus drei Thatsachen:

a) Einmal daraus, daß Flavius, obgleich er mit Fannius noch in Prozeß war, von Roscius keine satisdatio neminem amplius petiturum, verlangt habe [53]). Denn da Roscius nicht Cognitor seines Socius gewesen, so habe er dessen Anspruch weder durch Klage noch durch Transact consumiren können [54]). Flavius würde sich also, wenn Roscius über die ganze Societät transigirt hätte, gewiß durch jene in solchen Fällen übliche Satisdation geschützt haben.

b) Sodann habe Flavius durch Bestellung jener Repromission, in der er die Hälfte des von Fannius noch zu erwartenden Schadensersatzes dem Roscius herauszuzahlen versprochen (Cicero läßt die darüber errichtete Urkunde verlesen), selbst bekundet, daß der Vergleich des Roscius sich nur auf dessen Antheil bezogen habe [55]).

c) Auch habe er ja wirklich später von Flavius seinen Antheil am Schadensersatz mit 100,000 Sesterzen erhalten, wie der Geschworne in jenem Prozeß, C. Cluvius, vor zwei Senatoren, T. Manilius und C. Luscius Ocrea, ausgesagt. Diese sollen jedoch nicht persönlich (praesentes) nach dem

2). *L. 16. D. de reb. cred.* (12, 1). S. oben § 100 Note 101, § 101 Note 69.

52) *Cap.* XII. § 32. Sed hanc decisionem bis cum optima villa. Es ist zu beachten, daß der Werth des Grundstücks von beiden Partheien nur nebensächlich in Betracht gezogen, die Hälfte der litis aestimatio, für welche dasselbe in solutum gegeben war, den Gegenstand der Klage bildet. Anders alle früheren Ausleger.

53) *Cap.* XII. § 35. (*Fannius*) Societatis, non suas lites redemit, cum fundum a Flavio accepit. (*Cic.*) Quid ita satis non dedit AMPLIUS A SE NEMINEM PETITURUM? bis § 37.

54) Dieß Moment holt Cicero nach in *c.* XVII. §§ 53. 54.

55) *Cap.* XIII. §§ 37—39.

Plädoyer eidlich Zeugniß ablegen, sondern dasselbe wird in einer Urkunde (per tabulas) producirt und verlesen. Um so mehr bemüht sich Cicero die Glaubwürdigkeit desselben, sowie jener außergerichtlichen und unbeschwornen Aussage des Cluvius, insbesondere die Unwahrscheinlichkeit, daß dieser angesehene Ritter von Roscius bestochen worden, in weitläufiger und emphatischer Rede anschaulich zu machen[56]. Aus allem diesem folge, daß Roscius nur über seinen Antheil transigirt habe.

7) Endlich kommt Cicero auf die gefährlichste Behauptung des Gegners: wenn es auch wahr sei, daß Roscius nur über seinen Antheil transigirt habe, sei er dennoch zur Herausgabe der Hälfte dieses in einer Societätsangelegenheit gemachten Gewinnes verpflichtet. Cicero leugnet dieß im Princip, indem er a) das Verhältniß der Socii mit dem mehrerer Miterben vergleicht[57], und b) fragt: weshalb, wenn dieß schon aus dem Societätsverhältniß folge, Roscius nach dem Rath seiner juristischen Freunde von Fannius ausdrücklich die Hälfte dessen, was er als seinen Antheil am Schadensersatz erhalten werde, stipulirt habe[58]? Beides traf nicht zu. Denn eben darin unterscheidet sich die Societät von dem Verhältniß mehrerer Miterben, daß diese einander fremd und nur zur Auseinandersetzung streng nach dem Maß ihrer Erbtheile verpflichtet sind, der Socius aber auf Grund des bonae fidei Contracts für den Socius thätig werden, keinen das gemeinschaftliche Geschäft betreffenden Vortheil diesem entziehen darf[59], so daß die Communication eines Erwerbes sich weder unbedingt nach seiner Absicht, noch nach seinem Antheil richtet, sondern durch den Umfang der Societät bestimmt wird[60]. Und jene Repromissio war geboten,

56) *Cap.* XIII. § 39. bis *c.* XVII. § 51.

57) *Cap.* XVIII. § 55.

58) *Cap.* XVIII. § 56.

59) Selbst nicht durch Auflösung der Societät. *Gai.* III § 151. *L. 65. §§ 3. 4. D. pro socio* (17, 2).

60) Daher muß bei der societas omnium bonorum jeder Erwerb communicirt werden. *L. 3. § 1. L. 73. D. pro socio* (17, 2), bei der societas quaestus Alles was durch die Geschäftsthätigkeit der Socii erworben wird *L. 7 — L. 12. L. 71. § 1. D. eod.*, bei

weil damals eine definitive Auseinandersetzung der Socii bewirkt wurde, die Communication des zukünftigen Erwerbes also durch eine Caution gesichert werden mußte, wenn dem Roscius sein Antheil daran nicht verloren gehen sollte [61]). Allein eben diese Repromissio und der Eintritt des darin vorgesehenen Falls, nehmlich daß Fannius wirklich seinen vollen Antheil am Schadensersatz von Flavius erhalten habe, mußte Cicero noch in ganz andrer Weise wie bisher für seinen Clienten geltend machen, und da an dieser Stelle der auf uns gekommene Text seiner Rede abbricht, so dürfen wir annehmen, daß er es in dem verloren gegangenen Theil in folgender Weise gethan habe [62]). Denn es ist undenkbar, daß die Rechtsconsulenten, welche Roscius auch dießmal zuzuziehen gewiß nicht unterließ, den in iure weniger beschlagenen Redner darauf nicht aufmerksam gemacht haben sollten. Er konnte sagen:

Da Fannius für seine Bemühung als Cognitor mit den von Roscius an ihn gezahlten 50,000 Sesterzen mehr als reichlich abgefunden sei, so komme es nur noch auf die Ausgleichung des Gewinns aus dem Societätsverhältniß an. Zu dem Ende müsse allerdings Jeder dem Andern zur Hälfte communiciren, was er in der Societätsangelegenheit, hier also in Bezug auf den Sklaven Panurgus, erworben habe. Dazu sei Roscius bereit, wenn Fannius auch seinerseits die von Flavius erhaltenen 100,000 Sesterze mit ihm theilen, d. h. die promittirte Hälfte derselben zahlen wolle, wo alsdann die gleichen Summen sich gegen einander aufhöben. So unzweifelhaft, wenn es sich jetzt um die Auseinandersetzung mit der actio pro socio handle, wo Compensation stattfinde. Ebenso

der societas der Argentarii nur was ex argentaria causa *L. 52. § 5. D. eod.*, und so bei der societas unius negotii, was dazu gehört. *L. 52. § 6. D. eod.* Nur wenn dieser objective Maßstab nicht entscheidet, kommt es auf die Absicht an, ob der Socius societatis nomine gehandelt habe. *L. 67. § 1. D. eod.*

61) *L. 38. pr. D. pro socio* (17, 2).

62) Dieß nimmt auch Puchta cit. S. 328 an, ohne jedoch rechtliche Folgen daraus ziehen zu können, weil er die Klage des Fannius aus einer Stipulation ableitet.

aber auch bei der auf widerrechtliche Bereicherung gegründeten condictio certi. Denn da Roscius als Ersatz für den gemeinschaftlichen Sklaven Panurgus nur eben so viel besitze als Fannius, und dieser einräume, daß sie Beide gleichen Antheil an demselben gehabt, so könne von einer solchen Bereicherung des Roscius keine Rede sein; er müsse also absolvirt und Kläger aus der Restipulation in den dritten Theil der eingeklagten Summe als Succumbenzstrafe verurtheilt werden.

Und eben diese durchschlagenden Gründe müssen unseres Dafürhaltens von C. Piso in seiner Berathung mit M. Perperna in Betracht gezogen worden sein, und das Urtheil des Ersteren muß so gelautet haben.

III.

Pro A. Caecina.

§ 125. Diese Rede, von welcher Cicero selbst anderwärts sagt, daß sie nur von der Formel des Interdicts und ihrer Auslegung, also von juristischen Subtilitäten handle, die einen gehobeneren Ton der Rede ausschlössen [1]), und mit denen nach dem Urtheil eines Schriftstellers der Kaiserzeit, nachdem die Jurisprudenz die betreffenden Fragen schon festgestellt hatte und der Geschworne an ihre Aussprüche gebunden war, ein Redner sich kaum Gehör verschafft haben würde [2]), ist eben

1) *Cic. ad M. Brutum orator. c. 29.* Is erit igitur eloquens, — qui poterit parva summisse, modica temperate, magna graviter dicere. Tota mihi causa pro Caecina de verbis interdicti fuit. res involutas definiendo explicavimus: ius civile laudavimus: verba ambigua distinximus.

2) *Dial. de oratorib. c. 20.* Quis de exceptione et formula perpetietur illa immensa volumina, quae pro Marco Tullio aut Aulo Caecina legimus? praecurrit hoc tempore iudex dicentem *rel.*

dadurch als Quelle der materiellen Rechtsgeschichte, insbesondre in der Lehre vom Besitz und den possessorischen Interdicten, für uns heutzutage von besonderem Interesse. In dieser Beziehung ist sie von früheren Schriftstellern und zuletzt abschließend von Keller (*Semestr. lib.* II.) so gründlich behandelt worden, daß zu einer Nachlese wenig Anlaß ist. Wir betrachten sie hier von einem andern Standpunkt, nehmlich in Bezug auf den Prozeßgang vor Geschwornen und die Behandlung solcher Rechtsfälle durch die Sachwalter, und auch in dieser Hinsicht bietet sie manches Merkwürdige.

Was die Zeit betrifft, in der sie gehalten wurde, so fällt sie jeden Falls nach dem Tod des Sulla 676. u. c. und vor der Rede für den A. Cluentius 688. u. c.; jenes, weil Cicero jenes Schreckensregiment darin als ein vergangenes bezeichnet[3]); dieses, weil er den als Zeugen erschienenen Senator C. Fidiculanius Falcula hier, wie in den Verrinen, als Geschwornen in der Criminalsache des Oppianicus der Bestechung beschuldigt und in der Cluentiana diese Beschuldigung zurücknimmt[4]). Nach der gewöhnlichen Annahme wurde sie 685. u. c. Hortensio et Metello Coss., also in dem Jahre gehalten, wo Cicero sich um die Ädilität bewarb[5]). Durch die größere Freiheit und Kraft, mit welcher der Redner die oratorischen Mittel zur Belebung der trocknen juristischen Deduction und zur Verdeckung ihrer Schwächen zu gebrauchen versteht, erweist sie sich als der Zeit seiner vollkommenen Reife (maturitas) angehörig[6]).

Nach unseren gedruckten Ausgaben müßten wir sie vollständig besitzen. Der Zusammenhang der Sache, den Cicero selbst in einer kurzen Repetitio am Schluß angiebt, läßt aber

3) *Cap.* XXXIII. § 95.

4) Die Beschuldigung *pro Caec.* X. § 28. *cf. Verr.* I. 2. *c.* 61. Die Zurücknahme *pro Cluentio c.* 37. 50.

5) Drumann cit. V. S. 336 folg., dessen Darstellung überhaupt zu vergleichen ist, setzt sie in das Jahr 69 oder 68 a. Chr.

6) Diese nimmt er selbst in dieser Zeit für sich in Anspruch. *de clar. orat. s. Brutus c.* 92. *fin.*

auf eine nicht unbedeutende Lücke schließen [7]), von welcher freilich die Handschriften keine Spur zu enthalten scheinen.

A. Geschichtserzählung.

1. M. Fulcinius, ein Bürger von Tarquinii und Argentarius in Rom, hatte die Cäsennia, aus demselben Municipium gebürtig, zur Frau. In einer Zeit schwieriger Geldverhältnisse verkaufte er ihr ein Landgut in dem Gebiet von Tarquinii und veranlaßte dann, daß die in Geld von ihr empfangene Dos darin sicher gestellt wurde [8]). Einige Zeit später, nachdem er sein Wechslergeschäft schon aufgelöst hatte, kaufte er einige an das Landgut der Frau anstoßende Grundstücke für sich. Dann starb er mit Hinterlassung eines mit der Cäsennia erzeugten Sohnes als Testamentserben; der Frau legirte er den Ususfructus an seinem ganzen Vermögen, den sie gemeinschaftlich mit ihrem Sohne genießen sollte. Nach kurzer Zeit aber starb auch dieser junge M. Fulcinius, der den P. Cäsennius zum Erben eingesetzt, seiner Frau ein beträchtliches Gewicht Silber, der Cäsennia, seiner Mutter, aber den größeren Theil seines Vermögens legirt hatte. Es wurde hierdurch eine Theilung und Auseinandersetzung der beiden Frauen und zu diesem Behuf eine Erbschaftsversteigerung nothwendig, welche in Rom stattfand [9]). Auf den Rath ihrer Freunde und Verwandten beschloß Cäsennia die gute Gelegenheit zu benutzen und

7) Vgl. *c.* XXXIII. § 95. mit *c.* XXXVI. § 104. *fin.* und unten im Text S. 838 7).

8) Ein bekannter Fall der mutatio dotis. *L. 21. D. de pact. dot.* (23, 4).

9) Das Legat der Frau bestand nicht in allem hinterlassenen Silberwerk (omne argentum, factum et infectum. *cf. Cic. top.* 3. *L. 19. pr. L. 27. pr. §§ 1. 2. D. de auro argento — legato* 34, 2), sondern in einem bestimmten Gewicht davon (certum pondus) oder dessen Werth. *L. 1. § 1. L. 9. D. eod.* Das Vermächtniß der Mutter ist als legatum partitionis zu denken. Aus beidem erklärt sich, warum unter ihnen und namentlich auch mit dem Erben P. Cäsennius eine Auseinandersetzung in Geld und eine Versteigerung aller Erbschaftssachen statt finden mußte.

mit dem Gelde, das sie aus der Theilung zu erwarten hatte, jenes von ihrem verstorbenen Mann erkaufte, an ihr ursprünglich eigenthümliches Landgut anstoßende Grundstück zu kaufen. Sie gab deshalb dem Sex. Aebutius, dem Beklagten in der vorliegenden Sache, Auftrag, der längst ihr Geschäftsführer gewesen und bei dieser Erbtheilung und Versteigerung thätig war. Er blieb Meistbietender auf das Grundstück, weil andere Käufer, der Caesennia zu Lieb oder durch Geld gewonnen, nicht mitboten; es wurde ihm also addicirt und der Kaufpreis, den Caesennia zahlte, wurde in den Büchern des Argentarius ihm, als dem formellen Käufer, zur Last und zu Gut geschrieben. Caesennia besaß und verpachtete das Grundstück und vermählte sich bald darauf zum zweitenmal mit dem A. Cäcina, Bürger von Volterra, von einer angesehenen Familie Etruriens, dem Kläger in dieser Sache. Dann starb sie, nachdem sie in ihrem Testament den Cäcina zu $11\frac{1}{2}$ unciae, den M. Fulcinius, einen Freigelassenen ihres ersten Mannes zu $\frac{2}{6}$ unciae und den Sex. Aebutius zur Abfindung für seine Bemühungen zu $\frac{1}{6}$ uncia als Erben eingesetzt hatte. *Cap.* IV. §§ 10—VI. § 17.[10]).

2. Dieser kleine Erbtheil nun gab dem Sex. Aebutius zunächst Veranlassung zu behaupten, Cäcina könne gar nicht erben, weil er als Volaterraner durch Sulla's Gesetz des römischen Bürgerrechts und somit der Erbfähigkeit beraubt sei[11]). Cäcina gab dieser Behauptung nicht nach, trug vielmehr als Erbe und Besitzer der Erbschaft gegen Aebutius, der seinen Erbtheil über Gebühr auszubeuten bestrebt war, auf gerichtliche Erbtheilung durch einen arbiter familiae erciscundae, an[12]). *Cap.* VII. §§ 18. 19. Dieser Prozeß und sein Fortgang kommt nicht weiter in Betracht.

3. Nach wenigen Tagen aber tritt Aebutius den Cäcina

10) Zur Veranschaulichung der Erbtheile: $\frac{69}{72}$ erhielt Cäcina, $\frac{2}{72}$ M. Fulcinius und $\frac{1}{72}$ Aebutius.

11) Mommsen, röm. Gesch. II. S. 344 der 4. Ausg.

12) *Keller, Sem.* II. § 1. behandelt diesen mehrfach mißverstandenen Punkt durchaus befriedigend.

in Rom auf dem Forum mit der Anzeige an, jenes Grundstück, das er in der Versteigerung der Erbschaft des jüngeren M. Fulcinius gekauft, sei damals von ihm zum Eigenthum erworben worden, Cäsennia habe daran nur aus dem Testament ihres Mannes, wie an dessen übrigen Gütern, bis zu ihrem Tode den Nießbrauch gehabt. Cäcina, um diesem neuen Anspruch zu begegnen, verabredet auf den Rath seiner Freunde, auch des Juristen C. Aquillius, in einer zweiten Besprechung der Sache mit Aebutius einen Tag, wo sie sich an Ort und Stelle treffen und die herkömmliche deductio moribus vornehmen wollen [13].

An dem bestimmten Tage begiebt sich auch Cäcina mit Freunden in den jenem Grundstück benachbarten Burgflecken Axia, wo er zu seiner Ueberraschung hört, Aebutius habe viele Bewaffnete, Freie und Sklaven, zusammengebracht; ja er selbst erscheint, bestätigt es und erklärt, er werde nicht weichen, wenn jener komme. Cäcina versucht dennoch zunächst in das nicht streitige, ursprüngliche Landgut der Cäsennia, von welchem aus die Deductio stattfinden sollte, hineinzugehen, was ihm auch, nachdem der eine Zugang ihm von Bewaffneten verwehrt worden, von einer andern Seite gelingt. Als er nun in das anstoßende, streitige Grundstück, das durch eine Reihe Obstbäume begrenzt ist, gehen will, tritt ihm Aebutius mit seiner ganzen bewaffneten Schaar entgegen und befiehlt seinem Sklaven Antiochus mit lauter Stimme, jeden, der diese Reihe Obstbäume betreten werde, zu tödten. Cäcina wagt es dennoch sich der

13) Es ist dieß ein Beispiel dafür, daß in dieser Zeit unter anständigen Leuten nicht mit der in ius vocatio begonnen wurde; erst erfolgt eine Anzeige des Anspruchs bei der Begegnung auf dem Forum in Rom und die Verabredung eines Termins an Ort und Stelle, um sich über den Gegenstand des Streits zu verständigen, die gewöhnliche deductio moribus vorzunehmen und zugleich den ersten gerichtlichen Termin durch ein Vadimonium festzustellen. S. oben § 83 S. 199 folg. § 89 S. 235 folg. Diese denuntiatio, fundum illum suum esse, seque sibi emisse mit dem von Cäcina beantragten arbitrium familiae erciscundae in Verbindung zu setzen, wie Keller thut, ist kein Grund; es wurde die Vindication dieses Fundus hierdurch angekündigt, wie es denn auch ausdrücklich ein novae litis genus genannt wird.

Grenze zu nähern, als jener Antiochus und drei andere Bewaffnete einen Angriff auf ihn machen, vor dem er mit seinen Freunden und Berathern durch ein benachbartes Grundstück mit Erlaubniß des Besitzers, eines Zeugen des Aebutius, entflieht. *Cap.* VII. § 19—VIII. § 22.

Wir haben diesen von Cicero anschaulich geschilderten und von den Zeugen des Gegners selbst bestätigten Vorgang mit seinen Nebenumständen wiedergegeben, weil diese von rechtlicher Bedeutung sind. Zu vermuthen ist, daß C. Aebutius ursprünglich in dem Eigenthumsstreit um das betreffende Grundstück als Kläger auftreten wollte, wobei es noch dahin stand, wer von Beiden den Andern deduciren und das Vadimonium bestellen solle [14]). Von Rechtskundigen aber über die Bedeutung der Besitzfrage für die Partheirollen und die Beweislast belehrt, benutzt er den für die Deduction verabredeten Termin, um sich in Besitz zu setzen und darin zu behaupten, oder, wie Cäcina glaubt, ihn mit Gewalt des Besitzes zu berauben und also in Bezug auf den Eigenthumsstreit die günstigere Lage zu gewinnen.

B. Prozeßgeschichte.

1. Natürlich trat Cäcina vor Gericht (in iure) zunächst nicht mit der Vindication, sondern mit einer possessorischen Klage und zwar nicht mit dem interdictum uti possidetis, auch nicht dem einfachen interdictum de vi, sondern mit dem interdictum de vi armata auf, welches in diesem Fall zutraf und, weil es dem Beklagten die Erbittung eines Arbiter und die gewöhnlichen Exceptionen abschnitt, den sichersten Erfolg versprach.

14) Cicero freilich stellt es so dar, als habe Cäcina deducirt werden, Aebutius also das Vadimonium bestellen sollen, um daraus zu folgern, daß jener Besitzer gewesen sei. *cap.* I. § 2. *c.* VII. § 20. *c.* XXII. § 95. Aber wir haben zu zeigen gesucht, daß das Besitzverhältniß darauf keinen Einfluß hat. S. § 89 Note 11.

Der Prätor P. Dolabella erließ auf seinen Antrag dieses Interdict; Aebutius erklärte in der üblichen Form sich demselben nicht fügen, sondern es auf die Untersuchung der Bedingungen des Interdicts im Judicium ankommen lassen zu wollen; zu dessen Einleitung bestellte er die vorgeschriebene Sponsio, Cäcina die entsprechende Restipulatio, und in der darauf gegründeten Formula wurden Recuperatoren mit der Untersuchung beauftragt. Von dem Judicium secutorium und der Bestellung eines Arbiter für dasselbe ist dabei keine Rede, und es scheint hiernach, daß dieß bis nach der Entscheidung über die Sponsionsklage ausgesetzt blieb. *c.* VIII. § 23.[15]).

A. Cäcina übertrug die Führung der Sache dem Cicero, dessen „alten Clienten" er sich später, da er als Pompejaner dessen Protection bei Jul. Cäsar nachsuchte, nennt[16]). Den Sex. Aebutius vertheidigte C. Piso.

2. Die Verhandlung im Judicium hatte in zwei Terminen nicht zum Urtheil geführt; zweimal hatten die Recuperatoren die Sache noch nicht für spruchreif (sibi non liquere) erklärt und deshalb einen dritten Termin angesetzt[17]). Cicero beschuldigt seinen Gegner diese Verzögerung dadurch bewirkt zu haben, daß, als es in dem zweiten Termin zum Zeugenverhör kam, Aebutius, der den Erfolg desselben voraussah, nun erst die That eingestand und seine Zeugen ebenso

15) *Cic. l. c.* His rebus ita gestis, P. Dolabella Praetor interdixit, ut est consuetudo, DE VI HOMINIBUS ARMATIS, sine ulla exceptione, tantum ut unde deiecisset restitueret. Restituisse se dixit. Sponsio facta est. Hac de sponsione vobis iudicandum est. Vgl. oben § 98 Note 94. 107. 117. 120. Die Richter werden überall, z. B. *c.* I. § 3. *c.* IX. § 23., als recuperatores angeredet.

16) *Cic. ad famil.* VI. 7. *cf. ep.* 5. 6. 8. 9. XIII. 66. Dagegen ist der Caecina quidam Volaterranus *ad Att.* XVI. 8. ein Anderer.

17) *Cap.* II. § 4. vestram in iudicando dubitationem. § 6. vos — bis iam de eadem causa dubitasse. IV. § 9. saepius prolato iudicio. Also weder der Interdictsprozeß, noch das recuperatorium iudicium (*cf. Cic. pro Tullio* §§ 10. *sq.* reciperatores dare, ut quam primum res iudicaretur) schloß solche Vertagungen aus.

aussagen ließ[18]), so daß nun die bis dahin nicht erschöpfend erörterte Rechtsfrage eine neue Verhandlung nöthig machte[19]).

3. Cicero's Rede beschäftigt sich deshalb fast ausschließend mit dieser Rechtsfrage.

a. Im Exordium (c. I—IV.) hebt er zunächst die Unverschämtheit des Aebutius in dem Geständniß, die seiner Keckheit in der Gewaltthat gleichkomme, hervor und erklärt, Cäcina sei zwar dieser mit Besonnenheit gewichen, trete aber jener vor Gericht um so fester entgegen (§§ 1. 2). Die Sachlage sei durch dieß Geständniß zwar für ihn erleichtert, insofern dasselbe ihn des Beweises überhebe (§ 3), von der andern Seite aber dadurch erschwert, daß die Sache um der Rechtsfrage willen noch vertagt worden sei (§§ 3. 4). Doch glaube er, daß die Geschwornen noch mehr deshalb das Urtheil ausgesetzt, um dem Beklagten, dessen bürgerliche Ehre auf dem Spiel stehe, noch Bedenkzeit zu lassen, wie die Richter jetzt in ähnlichen Fällen zu thun pflegten, aber in offenbarem innerem Widerspruch: denn gegen das gröbere Unrecht werde auf diese Weise größere Nachsicht geübt (§§ 6—8). Auf die Bemerkung des einen oder andern der Geschwornen, er möge sie nicht zu einem so gehässigen Urtheil drängen, sondern lieber diese Klage fallen lassen und eine mildere wählen, erwidert er, es sei dieß eine unbillige Zumuthung, da selbst der Prätor dem Kläger die Klage nicht vorschreibe (§ 8); überdieß thatsächlich unbegründet, da die vorliegende Frevelthat die härtere actio iniuriarum oder eine Criminalanklage begründe und er nur auf Restitution des Besitzes klage (§ 9). Jeden Falls

18) *Cap.* I. § 3. Itaque longe alia ratione, recuperatores, ad agendam causam hac actione venio, atque initio veneram. Iam enim nostrae causae spes erat posita in defensione mea, nunc in confessione adversarii: tum in nostris, nunc vero in illorum testibus.

19) *Cap.* II. § 4. — sperarunt (*sc. adversarii*), quod nunc assecuti sunt, se iniecturos vobis causam deliberandi et iudicandi iustam moram ac religionem; simul illud, quod indignissimum est, futurum arbitrati sunt, ut in hac causa non de improbitate Sex. Aebutii, sed de iure civili iudicium fieri videretur.

sei durch die mehrmalige Vertagung der erste Grund des Verzuges, die Schonung des Beklagten, erledigt, und den zweiten, die Rechtsungewißheit, hoffe er heute zu beseitigen.

b. Die Narratio, welche nun folgt (*c.* IV. § 10 bis *c.* VIII. § 23) könnte überflüssig scheinen, da Cicero eine solche ohne Zweifel schon in seiner ersten Actio gegeben hatte; sie war aber nothwendig, um den Geschwornen, die nicht aus den Acten, sondern aus dem unmittelbaren Gesammteindruck der Verhandlung urtheilten und denen das früher Gesagte mehr oder weniger entschwunden sein konnte, eben diesen frischen Eindruck zu geben.

c. In der Partitio, die in diesem Fall auch eine Propositio ist[20]), hebt er noch einmal das Geständniß des Gegners und die Aussage der zehn Zeugen desselben (im recuperatorium Judicium die höchste gesetzliche Zahl) hervor und constatirt, daß durch sie die Gewaltthat feststehe, also nur noch die Frage übrig bleibe, ob eine solche Gewaltthat mit Recht habe verübt werden können, welche unzweifelhaft zu verneinen sei. Er sucht dieß zunächst aus der Natur der Sache, dann aus den Worten des Interdicts zu beweisen. *c.* IX. § 23 bis XI. § 31.

d. Die Confirmatio, in welcher er dieß unternimmt, mußte zugleich die Refutatio der von dem gegnerischen Sachwalter, C. Piso, früher eventuell vorgebrachten Rechts-

20) *Cic. de invent.* I. 22. — partitio. — Eius partes duae sunt. — Una pars est, quae, quid cum adversariis conveniat et quid in controversia relinquatur, ostendit. — Altera est, in qua rerum eorum, de quibus erimus dicturi, breviter expositio ponitur distributa. *Quintil.* IV. 4. § 1. Sunt, qui narrationi propositionem subiungunt, tanquam partem iudicialis materiae. — Mihi autem propositio videtur omnis confirmationis initium: quod non modo in ostendenda quaestione principali, sed nonnunquam etiam in singulis argumentis poni solet. § 4. — Haec enim propositio confessionem adversarii premit et quodammodo iudicandi moram tollit *rel.* Die Personen der Zeugen bei dieser Gelegenheit schonungslos durchzuhecheln, gehörte in keiner Weise zur Sache, sondern zeigt nur Cicero's Lust und Gabe für dergleichen.

gründe sein, die wir auf diese Weise kennen lernen. Den Kern derselben faßt Cicero selbst in den Worten zusammen, die er dem Aebutius in den Mund legt: Non deieci, sed obstiti, d. h. er habe den Cäcina nicht des Besitzes gewaltsam beraubt, sondern sich im Besitz mit Gewalt behauptet. Dieß Argument will er zuerst der Sache nach widerlegen. *c.* XI. §§ 31. 32. Er zeigt:

1) Nicht bloß wer, da er in seinem Grundstück war, herausgeworfen, sondern auch wer am Hereingehen gewaltsam verhindert werde, erleide ein Unrecht, für das es eine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes geben müsse. Dieß sei eben das angestellte Interdict; die actio iniuriarum, die man ihm anrathe, durch welche nur eine Strafe für die Verletzung der persönlichen Freiheit gefordert werde, genüge deshalb nicht[21].

2) Gewalt geschehe nicht bloß mit körperlicher Berührung, wirklicher Verwundung u. s. w., sondern eben sowohl durch eine Drohung, die dem Bedrohten den Eintritt in das Grundstück unmöglich mache, *cap.* XIV. § 41 bis *c.* XVII. § 50: ein ohne Zweifel schon damals eben so bestimmt für das interdictum de vi anerkannter Rechtsgrundsatz, als die Berufung Cicero's auf den Begriff von vis bei andern Besitzklagen unzutreffend ist[22]).

3) Den Uebergang zu den Worten des Interdicts macht der Redner durch eine allgemeine Ausführung, daß es überall in Gesetzen, Edicten der Magistrate, Testamenten, Klagformeln und Stipulationen, und bei Auslegung des vorliegenden Interdicts in anderer Beziehung nur auf den Sinn ankomme, der nicht

21) *Cap.* XII. § 35. Monet amicus meus te (*C. Piso*), L. Calpurnius, ut idem dicas, quod ipse antea dixit, iniuriarum. Ob dieser Calpurnius einer der Recuperatoren war, von denen er vorher *c.* III. § 8. gesagt, daß sie ihm die Wahl einer andern Klage empföhlen, oder ein Rechtsconsulent der einen oder andern Parthei, wird nicht klar.

22) *Cap.* XVI. § 46. omnibus, in possessionum controversiis. Daß § 45. die sponsio: NI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS VIS FACTA ESSET, auf ein prohibitorisches Interdict, wahrscheinlich uti possidetis, sich beziehe, hat Huschke, Studien S. 10 Note 17 richtig bemerkt.

durch Silbenstecherei chicanirt werden dürfe. *c.* XVIII. § 50 bis *c.* XXII. § 63. Ja er schweift noch weiter ab, indem er seinem Gegner, C. Piso, den Vorwurf macht, nicht nur die Juristen, sondern auch ihre freie Rechtsschöpfung, also das Recht selbst, zu verachten (*c.* XXIII. *sq.* §§ 64—69.), und den Geschwornen zu bedenken giebt, wie folgenschwer ihr Ausspruch sei, wenn er, wie in der vorliegenden Sache, eben dieses, das Recht, und nicht bloß eine einzelne Thatsache betreffe. *c.* XXV bis XXVII. §§ 70—76. Insbesondere den berühmten Juristen C. Aquillius, der sich für den Cäcina ausgesprochen, nimmt er gegen die Angriffe der Gegner in Schutz (§§ 77. 78) und versichert, selbst ihr Rechtsconsulent, den sie nicht zu nennen gewagt, habe auf seine Frage ihm erklärt, nach den Worten der Sponsio müsse er siegen, weil darin der Ort, von wo er mit Gewalt vertrieben worden, nicht angegeben sei. *c.* XXVIII. *sq.* §§ 79—85. Nach dieser langen Digression, durch welche er offenbar die Aufmerksamkeit von dem entscheidenden Punkte ablenken will, kommt er endlich auf diesen, nehmlich die hier in Betracht kommenden Worte des Interdicts.

4) Er führt aus, daß das Wort UNDE beides, a quo und ex quo loco DEIECISTI, befasse, und daran die Folge EO RESTITUAS knüpfe, also auch dem die Restitution verheiße, der nicht in dem Grundstück gewesen sei. *c.* XXX. *sq.* §§ 86—89.

5) Endlich kommt er auf den Haupteinwand des Gegners, daß Cäcina das Grundstück nicht besessen habe, Besitz aber werde bei der Dejectio vorausgesetzt. Kurz, aber schlagend bemerkt dagegen Cicero, daß das gewöhnliche interdictum de vi zwar die Worte: CUM POSSIDERET, enthalte, daß aber in dem angestellten interdictum de vi armata diese Worte fehlten, zum deutlichen Beweis, daß es bei diesem auf den Besitz, d. h. den juristischen Besitz des Klägers nicht ankomme. *c.* XXXI. §§ 90—93.

6) Cäcina habe überdieß das fragliche Grundstück wirklich besessen, was er, obgleich nicht zur Sache gehörig, noch kurz nachweisen wolle. Nehmlich, a) daß Cäsennia wegen ihres

Nießbrauches besessen, räume der Gegner ein. b) Da ihr Pächter auch nach ihrem Tode in dem Grundstück geblieben sei, so habe ihr Erbe aus demselben Grunde gleichfalls besessen. c) Cäcina, als er alle Grundstücke begangen, sei auch in dieses gekommen, und habe dem Pächter die Rechnungen abgenommen, wofür Zeugnisse vorlägen. d) Aebutius selbst habe dessen Besitz anerkannt, indem er in Bezug auf den Eigenthumsstreit ihm Anzeige gemacht und Cäcina sich habe moribus deduciren lassen wollen. *c.* XXXII. §§ 94. 95. Die Kürze dieser Ausführung macht sie allerdings verdächtig, wovon nachher Näheres.

7) Ohne alle Vermittlung folgt nun noch die rechtsgelehrte und durch Präjudicien unterstützte Beweisführung, daß durch Sulla's Gesetz dem Cäcina das römische Bürgerrecht und mit diesem die Erb- und Eigenthumsfähigkeit nicht entzogen sei. *c.* XXXIII—XXXVI. §§ 95—103. Es scheint hiernach, daß der Redner damit von jenem schwachen Punkt seiner Defension hinwegeilt und ein ihm günstigeres, wenn auch nicht eigentlich zur Sache gehöriges Terrain aufsucht. Da indeß diese Frage auf den Besitz, von dem vorher die Rede war, durchaus keinen Bezug hat, und Cicero selbst in der Repetitio (§ 104) ausdrücklich sagt: auf das Eigenthum des Cäcina an dem fraglichen Grundstück komme es zwar nicht an, dennoch habe er auch dieses bewiesen, wovon sich in diesem Abschnitt seiner Rede nicht eine Sylbe findet, so glaube ich hier eine Lücke der Handschriften annehmen zu müssen.

c. Der Schluß (peroratio) führt den Geschwornen die Persönlichkeit der streitenden Theile noch einmal vor Augen, resumirt kurz und bittet sie, bei ihrem Urtheil die Gefahr solcher bewaffneten Gewaltthaten in der revolutionären Zeit, das Geständniß des Aebutius, die Gründe der Billigkeit und das Recht des Interdicts selbst zu beachten.

4. Die möglichen Gegengründe, die C. Piso in seiner Erwiderung geltend gemacht, und welche bei Fällung des

Urtheils zur Sprache kommen mußten, fassen wir kurz zusammen [23]).

Daß Cicero's Ausführung unter 1) und 4) die entscheidende Besitzfrage nur umhüllen soll, ist klar. Eben so wenig bedeutet für die vorliegende Sache seine allgemeine Erörterung über strengere oder freiere Auslegung unter 3). Zutreffend ist dagegen, wie wir bemerkten, der Beweis unter 2), daß Gewalt (vis) im Sinn des Interdicts entschieden vorgekommen sei, und daß nach dessen Worten juristischer Besitz als Bedingung der Restitutionspflicht nicht verlangt werde, unter 5). Daß die Worte des gewöhnlichen interdictum de vi: QUUM ILLE POSSIDERET, eine Exceptio begründeten, welche bei vis armata wegfiel, und daß erst die spätere Jurisprudenz die von C. Piso vertretene, consequentere Ansicht, wonach jede Dejectio Besitz voraussetze, annahm, ist früher bemerkt worden [24]).

Ueber die Frage 6), ob Cäcina das streitige Grundstück wirklich besessen habe, die Cicero in dem erhaltenen Theil seiner Rede so flüchtig behandelt, sind die Meinungen der Neuern getheilt [25]). Abgesehen von dem Verdacht, den jene flüchtige Behandlung erweckt, ist nach den uns vorliegenden Daten darüber nicht zu entscheiden. Cicero's Behauptung, daß Cäsennia an jenem Grundstück die corporis possessio gehabt, sei es wegen ihres Usufructus, der nach einer älteren Rechtsansicht, wie Keller annimmt, dieselbe begründe, oder in Folge des Kaufs, den Aebutius in ihrem Auftrag geschlossen haben soll, was weder aus dem angeblich unter schlagenen Hausbuch der Cäsennia (*c.* VI. § 17), noch durch die nicht vorliegenden Zeugnisse des Verkäufers, des P. Cäsennius (*c.* IV. § 12), und des dabei thätig gewesenen Argentarius (*c.* X. § 27) sich ermitteln läßt, ist keines Falls entscheidend, weil nach dem bekannten altrömischen Grundsatz der Besitz nicht auf den Erben

23) Ausführlich handelt davon *Keller cit.* §§ 4—7., dem ich im Wesentlichen beistimme.

24) S. oben § 98 Note 89.

25) *Keller cit.* § 4. und *p.* 429.

mit dem Erwerbe der Erbschaft übergeht, sondern von diesem neu ergriffen werden muß [26]). Auch die Vermittlung des Pächters, die Cicero zu Hülfe nimmt, ändert daran nichts [27]). Vielmehr kommt es darauf an, ob Cäcina nach dem Tode der Cäsennia und vor der Gewaltthat an dem streitigen Grundstück Besitz ergriffen hatte. Dafür scheinen mir, trotz Cicero's flüchtiger, vielleicht auch nicht vollständig auf uns gekommener Vertheidigung dieses Punktes, folgende Gründe zu sprechen: 1) War er, wie Keller überzeugend ausgeführt hat, als Besitzer der Erbschaft, d. h. der Erbschaftssachen im Allgemeinen, wenigstens zu $^{69}/_{72}$, mit der actio familiae erciscundae gegen Aebutius aufgetreten. 2) Hatte er, wie es unter diesen Umständen an sich wahrscheinlich ist, die zur Erbschaft gehörigen Grundstücke, und unter diesen auch das streitige begangen. Die bestätigenden Zeugnisse, auf die Cicero sich beruft, kennen wir freilich nicht. Auf die Rechnungslegung des Pächters ist dabei kein Gewicht zu legen. Eben so wenig auf dessen Verhalten bei der Gewaltthat, da er als neutrale Person den Ausgang derselben und des Rechtsstreits über Besitz und Eigenthum ruhig abwarten konnte. Ob er sich nicht unter den Zeugen des Cäcina befand, wissen wir nicht [28]). 3) Spricht allerdings für den Besitz des Cäcina auch der Umstand, daß Aebutius es nöthig fand, ihm Anzeige von seinem Eigenthumsanspruch zu machen und also den Rechtsstreit darüber seinerseits anzuregen; denn wäre er im ruhigen Besitz gewesen, so hätte er gewiß die Klage des Cäcina abgewartet. Daß er aber den Eigenthumsprozeß damit vorbereiten wollte, dieß beweist die mit ihm verabredete deductio moribus, welche zu jener Vorbereitung gehört, während, wenn es ihm bloß auf Ausscheidung dieses Grundstücks aus der Erbtheilung angekommen wäre, er diese dem arbiter familiae erciscundae gegenüber geltend

26) Entscheidend dafür ist die uralte usucapio pro herede *Gai.* II. §§ 52—56. III. § 201.

27) Vgl. *L. 30. § 5. D. de acq. poss.* (41, 2).

28) *Keller cit. p.* 353. legt hierauf Gewicht.

machen konnte[29]). 4) Die deductio moribus selbst entscheidet freilich in diesem Fall um so weniger über den Besitz des Einen oder Andern, als Cicero selbst nicht behauptet, Aebutius habe den Cäcina deduciren, sondern nur, dieser seinerseits habe sich deduciren lassen wollen. *c.* VII. § 20. *c.* XXXII. § 35. Aber daß Aebutius überhaupt an dieser symbolischen Handlung sich betheiligen wollte, und dann erst, ohne daß von Cäcina's Seite eine gewaltsame Besitzergreifung vorbereitet war, diese Gelegenheit benutzte, den Besitz mit bewaffneter Hand gegen ihn zu behaupten, macht es wahrscheinlich, daß bis dahin Cäcina nach seiner und des Aebutius Ansicht Besitzer gewesen sei[30]).

Für die Entscheidung der Sache freilich war dieser Umstand so unerheblich als die Eigenthumsfrage; aus den oben angeführten durchschlagenden Gründen aber mußte, wie wir glauben, das Urtheil der Recuperatoren für den Cäcina günstig ausfallen[31]).

29) Anders *Keller cit. p.* 354. *sqq.*

30) Keller cit. und Savigny, den er anführt, sind entgegengesetzter Ansicht.

31) An diesen Erfolg glaubt auch *Keller p.* 430.

Bonn, Druck von Carl Georgi.